UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES
ET ÉCONOMIQUES

LES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE RÉGIME MATRIMONIAL

THÈSE

pour le

DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue

par

Georges WIEDERKEHR

MEMBRES DU JURY

Président : M. le Doyen A. WEILL
Assesseurs : M. le Professeur BISCHOFF
M. RIEG, maître de conférences. Agrégé

DALLOZ
PARIS
1967

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES
ET ÉCONOMIQUES

LES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE RÉGIME MATRIMONIAL

THÈSE

pour le

DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue

par

Georges WIEDERKEHR

MEMBRES DU JURY

Président : M. le Doyen A. WEILL
Assesseurs : M. le Professeur BISCHOFF
M. RIEG, maître de conférences. Agrégé

DALLOZ
PARIS
1967

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Ann. Inst. Dr. Int.	*Annuaire de l'Institut de Droit international.*
B.G.B.	*Bürgerliches Gesetzbuch* (Code civil allemand).
Bull.	*Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* (*Chambre civile*).
Civ.	*Chambre civile de la Cour de cassation.*
C. civ.	*Code civil.*
C. com.	*Code de commerce.*
C. proc. civ.	*Code de procédure civile.*
Clunet	*Journal du droit international privé*, fondé en 1874 par Clunet, continué à partir de 1915 sous le titre *Journal du droit international.*
Cpr.	Comparer.
Comité de Dr. Int. Pr.	*Travaux du Comité français de droit international privé.*
Congrès des Notaires	58e *Congrès des Notaires de France, Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux et de successions*, Nice, 1960.
D.	*Recueil Dalloz.*
D.H.	*Recueil hebdomadaire Dalloz.*
D.P.	*Recueil périodique et critique Dalloz.*
Gaz. Pal.	*Gazette du Palais.*
J.-Cl. Dr. Int.	*Juris-Classeur de droit international* (5 vol.).
J.-Cl. Dr. Comp.	*Juris-Classeur de droit comparé* (2 vol.).
J.C.P.	*Juris-Classeur Périodique, La Semaine Juridique.*
J. Not.	*Journal des Notaires.*
J.O.	*Journal officiel.*
Lois Nouvelles.	*Les Lois Nouvelles, revue de législation commentée et annotée.*
Notariat Latin.	*Septimus Conventus ex omni latinitate scribarum. Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé, Etude des solutions en vigueur dans les six pays du Marché commun* Bruxelles, 1963.
Recueil	*Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye.*

Répertoire	La Pradelle et Niboyet, *Répertoire* (10 vol.), Paris, 1929-1931, supplément 1934.
Rev. crit. législ. jurisp.	*Revue critique de législation et de jurisprudence.*
Rev. int. dr. comp......	*Revue internationale de droit comparé.*
Rev. jurid. Als.-Lorraine	*Revue juridique d'Alsace et de Lorraine.*
Rev. trim. dr. civ.	*Revue trimestrielle de droit civil.*
Rev. trim. dr. com.	*Revue trimestrielle de droit commercial.*
Revue	*Revue de droit international privé et de droit pénal international*, fondée par A. Darras, en 1905, continuée sous les titres successifs de *Revue de droit international privé* (1922-1933), *Revue critique de droit international* (1934-1946) et *Revue critique de droit international privé* (depuis 1947).
S	*Sirey, Recueil général des lois et arrêts.*
Soc. Et. législ......	*Bulletin de la Société d'études législatives.*

PRÉFACE

Le sujet traité par M. Georges Wiederkehr a, depuis longtemps, attiré l'attention en raison des difficultés dont il est le siège ; aussi bien l'auteur a pu placer en exergue certaines observations que Bouhier avait déjà faites, au sujet du régime matrimonial, à propos de la Coutume du Duché de Bourgogne : « De toutes les difficultés que la diversité des statuts a introduites dans la jurisprudence, il n'y en a constamment aucunes qui soient plus intriguées et plus épineuses que celles dont je vais parler ».

Effectivement, la détermination de la loi applicable au régime matrimonial s'avère particulièrement délicate, et cinq siècles de controverses souvent passionnées n'ont pas épuisé le sujet. Il n'y a là rien de surprenant si l'on considère qu'en droit interne, l'on voit, dans la matière des régimes matrimoniaux, l'un des thèmes centraux du droit civil : elle affecte, à la fois, les rapports des époux entre eux, ce qui met en cause la condition juridique de la femme, et les rapports des époux avec les tiers, et partant le crédit du ménage ; elle est intimement liée au droit des successions, en ce que le patrimoine familial est constitué par le régime matrimonial et transmis par succession — la situation successorale du conjoint survivant est d'ailleurs profondément affectée par le régime matrimonial ; celui-ci a aussi des incidences hypothécaires en raison de l'hypothèque légale de la femme, voire à présent des époux ; le régime matrimonial touche également au droit des contrats puisque les époux peuvent aménager leur statut pécuniaire dans le cadre du contrat de mariage.

Une telle complexité se répercute inéluctablement en droit international privé ; le choix de la loi compétente est rendu singulièrement difficile, le régime matrimonial subissant l'attraction de trois catégories juridiques différentes : celle des biens ; celle des personnes ou du moins des effets personnels du mariage ; et enfin celle des contrats.

C'est donc un sujet très classique qui fait l'objet de cet ouvrage ; il n'en revêt pas moins un intérêt majeur. Lorsque nous l'avions proposé à M. Wiederkehr comme thème de recherche, nous avions pensé qu'il pourrait être utile, de temps à autre, de reprendre une matière souvent étudiée dans le passé afin de faire le point. Le travail de M. Wiederkehr était déjà très avancé lorsque deux événements ont contribué à rendre d'actualité ce qu'en 1698 *le conseiller Van der Muelen de la Cour du Brabant hollandais avait déjà pu qualifier de* « famosissima quaestio » : *d'une part, la loi du* 13 *juillet* 1965 *est venue porter réforme des régimes matrimoniaux, dans la mesure où le droit international privé est, en partie, une projection du droit interne sur le plan international, la notion d'un régime matrimonial « primaire » — c'est-à-dire des effets directs de tout mariage dans l'ordre des intérêts pécuniaires — qui affleure dans la loi nouvelle est susceptible de se répercuter sur les conflits de lois ; d'autre part, il y a quelques mois, M. le Garde des Sceaux a institué un groupe de travail chargé de préparer des textes portant partiellement codification du droit international privé, et il n'est pas indiscret de dire que le*

choix de la loi applicable au régime matrimonial a été largement débattu.

Le travail de M. Wiederkehr est d'une densité telle qu'il ne saurait être question, dans le cadre d'une préface, que d'indiquer, dans ses grandes lignes, la structure de l'ouvrage et le développement de la pensée de l'auteur.

Dans une première partie, consacrée à la détermination de la règle de rattachement, M. Wiederkehr montre comment les différents systèmes de conflit se fondent généralement sur la prédominance de l'une des attractions précédemment rappelées et négligent les autres.

Selon certains — et c'est d'ailleurs le système le plus ancien — les règles gouvernant les relations pécuniaires des époux appartiennent au régime des biens ; le système de la « réalité » s'imposerait d'autant plus qu'il gouverne les successions ; or il y a un lien manifeste entre les régimes matrimoniaux et les successions, ces deux institutions étant relatives au patrimoine familial.

D'autres considèrent que ces règles se confondent avec celles qui régissent les effets personnels du mariage : ceux-ci ne seraient pas fondamentalement différents des effets pécuniaires ; il serait logique et désirable, dans l'intérêt de la cohésion du foyer, que la même loi régisse, au moins en son principe, tous les effets du mariage. La loi nationale, notamment, qui, à cet égard, a des titres de compétence, s'avère simple et sure, et préserve l'unité du régime matrimonial, alors que la loi réelle aboutit à la dissocier.

D'après une autre opinion, du moment que la volonté joue un rôle dans l'établissement du régime légal, en ce qu'elle ne l'a pas écarté par un contrat de mariage, — au point que le régime légal a pu être envisagé comme un contrat tacite, — la loi d'autonomie aurait vocation à intervenir.

Ainsi chacune des attractions possibles est reconnue prédominante par au moins un système. L'examen approfondi des systèmes, à tous les points de vue — histoire, doctrine, jurisprudence, droit comparé — conduit M. Wiederkehr à penser que, somme toute, aucune des attractions n'est vraiment négligeable. Le régime matrimonial présente à la fois plusieurs caractères, et l'on ne saurait le réduire à l'un d'entre eux sans négliger des aspects importants de l'institution et sans trahir sa nature. Pour cette raison, aucune des règles de conflit que proposent l'histoire du droit français et le droit comparé, ne paraît pleinement satisfaisante. Chacune ne se fonde que sur un des caractères de l'institution, et elles ignorent toutes sa nature complexe.

Sur la base de ces constatations, M. Wiederkehr montre, avec conviction et à l'aide d'une méthode rigoureuse, les voies nouvelles permettant de dépasser les systèmes traditionnels : le système de « la localisation des intérêts du ménage » est celui que l'auteur préconise. L'idée de localisation des intérêts — la formule a été utilisée en matière de régimes matrimoniaux pour la première fois en 1961 (*Civ. 7 nov.* 1961, Revue 1962.687, *note Batiffol*) *— présente l'avantage de ne pas réduire le régime matrimonial à une autre institution, celle des biens, du contrat ou des effets personnels du mariage, mais de respecter sa nature complexe et originale.*

Assurément la localisation des intérêts n'est pas une notion très stricte ; M. Wiederkehr concède qu'elle pourrait être utilement précisée, grâce notamment à la compétence de la loi du domicile, ce dernier étant considéré comme fixé dans le pays où les époux ont leurs princi-

pales attaches, habituellement dans le lieu où ils s'installent après leur mariage ; il faudrait toutefois que la notion de premier domicile ne soit pas trop rigoureusement entendue par la jurisprudence, qui pourrait utilement tempérer la rigidité de ce critère en tenant compte de l'esprit de retour : il ne serait pas opportun qu'un ménage d'étudiants, par exemple, soit soumis à la loi du pays dans lequel il compte vivre le seul temps des études. De plus, il faut tenir compte de l'esprit de retour qui peut animer les époux envers leur patrie d'origine ; dès lors, lorsque les conjoints sont de même nationalité, il est permis de supposer qu'ils ont gardé de fortes attaches avec leur pays d'origine et que leur établissement à l'étranger est provisoire : la compétence de la loi nationale commune aux époux est dès lors justifiée, celle du premier domicile matrimonial ne valant que pour des époux de nationalité différente.

Après avoir dégagé la loi du régime, M. Wiederkehr en délimite le domaine, en fonction des principes retenus pour la détermination de cette loi.

Cette deuxième partie de l'ouvrage constitue l'étude la plus complète parue à ce jour en cette matière. Contrairement à la « famosissima quaestio », *le domaine de la loi compétente n'avait jamais été systématiquement creusé : personne n'avait essayé de faire la part de ce qui revient au régime matrimonial et de ce qui ne lui revient pas.*

Le statut matrimonial a pour objet premier l'organisation des relations pécuniaires des époux, auxquelles correspondent un grand nombre de dispositions. Mais ce statut est aussi régi par quelques principes qui le dominent — nécessité d'un régime matrimonial, liberté des conventions matrimoniales, mutabilité limitée, indivisibilité du régime : ceux-ci ne sont pas acceptés par toutes les législations et certaines ne leur donnent qu'une portée très relative. Est-ce la loi du régime ou une autre loi qui indiquera leur influence ? Telle est la première question, en quelque sorte préjudicielle, qu'examine M. Wiederkehr en des pages solidement documentées. Après quoi, la recherche de l'auteur s'achève par la détermination particulièrement approfondie des limites du domaine de la loi du régime et des statuts réel et personnel.

Les solutions proposées par M. Wiederkehr ne seront peut-être pas toutes acceptées. Mais les théoriciens et les praticiens, et même le législateur ne pourront que se reporter avec fruit à cet ouvrage de haute qualité qui suscitera réflexion.

Ainsi on ne peut qu'être intéressé par le rattachement du régime matrimonial à la loi du centre des intérêts. Mais il est certain aussi que cette solution placerait le juge devant une tâche difficile et sacrifierait la prévisibilité des solutions. M. Wiederkehr le reconnaît puisqu'il n'est pas hostile, comme on l'a indiqué, à la compétence de la loi nationale commune des époux, et subsidiairement à celle de la loi du premier domicile matrimonial — ce système serait de nature à éviter une insécurité préjudiciable aux bons rapports des époux et redoutable pour les tiers. Une telle solution, qui n'est pas éloignée des conclusions de commission présentées au VII^e Congrès de l'Union Internationale du Notariat Latin, serait d'ailleurs conforme à la leçon que l'on peut tirer du droit comparé, dont M. Wiederkehr a fait un large usage : en dehors des systèmes anglo-saxons en faveur de la réalité, et encore ceux-ci

font-ils une grande part à la loi du domicile, les législations se partagent entre le critère tiré du domicile et celui fondé sur la nationalité.

On retiendra aussi les observations de l'auteur relatives à la mutabilité des conventions matrimoniales : si, en principe, des conjoints de même nationalité étaient soumis à leur loi nationale pour ce qui est du régime matrimonial, il serait sans doute bon, observe M. Wiederkehr, que des étrangers qui démontrent de façon indubitable leur volonté de rompre avec leur origine nationale en demandant leur naturalisation, puissent soumettre leur régime à la loi de leur pays d'adoption ; il faudrait aménager à cet effet le règlement des conflits en matière de mutabilité des conventions matrimoniales.

Bien que nous soyons limité par le cadre d'une préface, nous voudions encore souligner l'une des idées maîtresses de l'ouvrage : il sera opportun qu'une même loi régisse le statut pécuniaire des époux et les successions. La raison la plus importante en est que ces deux institutions sont complémentaires. Les droits internes s'efforcent d'assurer au conjoint survivant une situation équitable. Cet objectif est atteint par la combinaison des règles du régime matrimonial et du régime des successions, un équilibre s'instaurant entre les deux institutions. Ainsi on a souvent fait remarquer que dans les pays où la séparation de biens constitue le régime légal, le droit successoral accorde au conjoint survivant la part des acquisitions du ménage que lui aurait assuré un régime communautaire. En revanche, dans les pays de communauté, les droits successoraux du conjoint sont moins importants. L'équilibre risque d'être compromis si deux lois différentes gouvernent la succession et le régime matrimonial.

M.Wiederkehr ne se dissimule pas qu'une telle unité n'est guère réalisable. Si le régime matrimonial des époux de même nationalité doit être régi par la loi nationale commune et la loi successorale par la loi du domicile du défunt, la confusion de fait entre la loi du régime et la loi successorale mobilière se produira beaucoup plus rarement. Si l'on préfère soumettre la succession mobilière à la loi nationale, la confusion se produira sans doute lorsque les époux auront été de même nationalité, mais elle aura beaucoup moins de chance de se produire lorsqu'ils auront été de nationalité différente et que leur régime matrimonial sera soumis à la loi du premier domicile.

Nous avons précédemment fait allusion à l'institution du groupe de travail chargé de préparer une législation de droit international privé ; ces travaux sont susceptibles de donner naissance à des textes qui modifieront les données selon lesquelles, en matière de régime matrimonial, se prononcent les juges et se forme l'opinion des auteurs ; si tel était le cas, il n'est pas douteux que l'étude de M. Wiederkehr, en même temps qu'elle fait le point quant au droit présent, pourra servir de départ pour l'analyse du droit à venir.

Ce travail témoigne d'une méthode très sûre, de labeur et aussi d'intuition, qui disent la solidité de la culture juridique de l'auteur. L'ouvrage honore M. Wiederkehr en même temps que sa Faculté.

Alex WEILL,

Doyen de la Faculté de Droit
et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg.

INTRODUCTION

1. Le mariage unit les personnes et, par le fait même, rapproche leurs patrimoines. La vie du ménage ne saurait, en effet, se dérouler sur un plan purement extra-patrimonial. La vie commune crée des besoins communs et il est nécessaire d'affecter des ressources à leur satisfaction. Il en résulte un emmêlement et une confusion des intérêts pécuniaires des époux. Ces derniers, qu'ils le veuillent ou non, selon la formule de M. le Doyen Savatier (1), « marient plus ou moins leurs biens ». La loi ne peut donc se contenter de poser certaines règles concernant les relations personnelles des époux, il lui faut prévoir l'organisation du statut patrimonial du mariage.

« La prospérité de la famille », constatait Guillouard, « se lie intimement au régime pécuniaire sous lequel elle devra se développer » (2), et pour Toullier, l'organisation des relations pécuniaires est nécessaire pour assurer non seulement la prospérité mais encore la paix des familles (3). Cette organisation d'ailleurs ne suffit pas toujours à éviter la brouille au sein des familles. Les « querelles d'héritage » naissent aussi bien de la dissolution d'un régime matrimonial que du partage d'une succession, d'autant que ces deux opération se confondent souvent dans l'esprit des intéressés. Ces questions donnent lieu à des procès d'une particulière âpreté. Lorsque, dans le cas d'un divorce par exemple, le litige ne trouve pas son origine dans le rapprochement des patrimoines des époux, il peut se trouver envenimé par les problèmes de la liquidation des intérêts communs.

Des difficultés peuvent, en outre, s'élever qui ne supposent pas nécessairement une mésentente au sein de la famille, mais qui concernent le crédit dont elle jouit auprès des tiers. Le cas extrême est celui de la ruine de l'un des époux : ses créanciers s'en prendront éventuellement à son conjoint plus solvable. Dans quelle mesure le pourront-ils ? Mais même si la ruine ne se réalise pas, les tiers, avant de contracter avec l'un des époux, voudront connaître leurs droits et leurs garanties, et le crédit du ménage en dépendra. « Le

(1) R. Savatier, *Cours de Droit civil*, t. III, p. 5.

(2) L. Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, livre III, titre 5 du Code civil, t. I, n° 1, p. 16.

(3) C.B.M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. XII, n° 2, p. 3.

choix du régime est appelé à retentir sur toute la vie juridique des époux, il domine tant leurs rapports réciproques que leurs rapports avec les tiers» (1).

Si de bonnes lois régissent les relations pécuniaires des époux entre eux et avec les tiers, les litiges sont bien entendu moins fréquents. Encore faut-il, dans le cas des ménages internationaux, que la loi applicable au régime matrimonial puisse être facilement connue de tous les intéressés. Il est donc nécessaire qu'une règle de rattachement claire et précise permette de résoudre les conflits de lois en la matière, d'autant que les différents ordres législatifs organisent le statut patrimonial du mariage de façon extrêmement diverse.

2. Le régime matrimonial traduit une certaine conception de la famille. « Là, plus qu'en toute autre matière, les mœurs influeront sur les lois» (2). Les liens conjugaux doivent-ils avoir la prépondérance sur les liens du sang ? La communauté de meubles et d'acquêts qui forme encore le droit commun en France pour un grand nombre de ménages, cherchait à éviter que les biens les plus importants échappent à la famille du sang en passant d'un époux à l'autre. Elle visait à la conservation des fortunes familiales. Ce régime, d'autre part, confirmait la prépondérance du mari telle qu'elle se trouvait déjà assurée par les règles gouvernant les relations personnelles des époux, fondée sur ce qu'on appelait « la division naturelle des tâches» (3). Il est en somme profondément marqué par une certaine philosophie de la famille. On a pu dire que « si le Code Napoléon a mérité la qualification de Code bourgeois, c'est bien dans l'ensemble de ses dispositions relatives au régime matrimonial» (4).

Le statut pécuniaire des époux peut être réglé selon les modalités les plus variées. Celles-ci ne correspondent pas seulement aux mœurs et aux traditions, mais encore aux circonstances économiques et à la politique sociale de chaque pays. L'exemple du droit français montre que si l'on ne tient pas compte de l'évolution économique, l'esprit du régime s'en trouve faussé. Ainsi l'importance des biens mobiliers s'étant considérablement accrue au XIX^e^ siècle, la communauté de meubles et d'acquêts ne remplit plus le rôle qui devait primitivement être le sien et n'assure plus vraiment la conservation des fortunes familiales. L'institution des biens réservés correspondait, elle, à une certaine politique sociale qui ne tenait d'ailleurs pas suffisamment compte des traditions et des mœurs. Son échec s'explique, en outre, par l'inadaptation de la technique juridique utilisée. L'organisation des relations pécuniaires est, en effet, fonc-

(1) L. Josserand, *Cours de Droit civil français*, t. III, p. 2.
(2) L. Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 1, p. 16.
(3) R. Savatier, *Cours*, t. III, p. 6.
(4) Planiol, Ripert et Boulanger, t. VIII, p. 3.

tion également des techniques : on peut atteindre un même résultat par des procédés différents.

Chaque législation représente un effort d'ajustement aux nécessités et aux particularités locales. L'adaptation s'est faite peu à peu au gré des circonstances historiques.

3. Toutes ces raisons expliquent que d'un pays à l'autre le statut patrimonial des époux varie dans des proportions considérables, à tel point que l'on a pu parler d'une « mosaïque des législations » (1). Sans doute, la plupart des ordres juridiques prévoient un régime légal auquel les époux seront soumis à moins qu'ils ne préfèrent passer des conventions matrimoniales. Mais ce régime n'est jamais rigoureusement le même. Pour les besoins de la comparaison, l'on imagine des classifications. Ainsi un auteur distinguait le régime d'absorption de la personnalité de la femme dans celle du mari, le régime de l'unité des biens, celui de l'union des biens, la communauté, le régime dotal et la séparation des biens (2). Encore devait-il, à côté de ces six catégories, faire une place aux régimes composites. Aujourd'hui, sans vouloir donner à la distinction la rigidité d'une classification scientifique, on se contente d'opposer les régimes d'inspiration communautaire aux régimes séparatistes (3). Parfois, quand on ne les apparente pas à la séparation de biens, l'on range dans une troisième catégorie les régimes de participation aux acquêts (4). Un auteur pourtant préfère les inclure dans la famille communautaire (5). Ce classement, de toute façon, ne donne que des indications extrêmement vagues, d'autant que l'on assiste dans l'évolution des régimes matrimoniaux à un phénomène de « compénétration » : « une altération des principes fondamentaux de chaque régime s'est peu à peu manifestée » (6).

Même assortie de sous-distinctions la classification ne renseigne pas avec suffisamment de précisions. Le régime de communautés universelle n'est pas identique aux Pays-Bas, au Brésil, au Portugal ou en Union Sud-Africaine, même en ce qui concerne la composition de la communauté (7). La terminologie ne doit pas, en effet, être

(1) A. Rouast, in *Institut de Droit comparé, Le régime matrimonial légal*, p. 11.

(2) E. Roguin, *Traité de Droit civil comparé. Le régime matrimonial.*

(3) Cf., par exemple, Ripert et Boulanger, *Traité de Droit civil*, t. IV ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons*, t. IV.

(4) Cf. P. Spiteri, *L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal*, p. 3 et s.

(5) Cl. Renard, *Le régime matrimonial de droit commun*, p. 166, note 5.

(6) A. Rouast, « Introduction comparative » in *Institut de droit comparé. Le régime matrimonial légal*, p. 14.

(7) Les renseignements sur les législations comparées sont tirés des ouvrages suivants :

— *J.-Cl. Dr. Comp.* et notamment les fascicules « Allemagne » (2e fasc.), par F. Kallmann ; « Belgique » (3e fasc.), par R. Piret ; « Brésil », par S. F. Topcha ; « Canada (Québec) » (fasc. A), par L. Bauduin ; « Chili », par J. Lisbonne ; « Argentine », par J. Lisbonne ; « Colombie », par J. Lisbonne ; « Espagne »

prise à la lettre et des exceptions viennent tempérer le caractère universel de la communauté : ainsi, par exemple, au Brésil les dettes antérieures au mariage y échappent alors qu'elles y tombent en Union Sud-Africaine. Le Luxembourg, la Belgique, la Province de Québec et l'Argentine conservent encore le régime légal de la communauté de meubles et d'acquêts que la loi du 13 juillet 1965 répudie en France pour les nouveaux ménages. Mais, quoique d'inspiration très semblable, ces régimes peuvent comporter des règles différentes : ainsi le Code du Québec a maintenu le Sénatus-Consulte Velléien qui a disparu du droit français dès 1606. De nombreux pays de l'Est de l'Europe et d'Amérique du Sud notamment ont adopté pour régime légal la communauté réduite aux acquêts que la France vient de choisir à son tour. Mais le nouveau régime français ne se confond ni avec ceux de l'Espagne, du Chili ou du Guatemala, ni avec ceux de l'U.R.S.S. ou de la Tchécoslovaquie. Ainsi selon l'article 1421 du Code civil français (1), le mari administre la communauté et peut disposer des biens communs avec quelques importantes restrictions qui lui interdisent d'aliéner ou de grever de droits réels les immeubles, les fonds de commerce, les exploitations et tous les meubles dont l'aliénation est soumise à la publicité. En Espagne, le mari dispose des mêmes droits, mais la liste des exceptions prévues à son droit de disposition est plus courte et se limite aux immeubles et aux fonds de commerce. A Cuba, les deux époux font indifféremment les actes d'administration et il faut le consentement des deux pour tous les actes de disposition. En U.R.S.S. chaque époux dispose librement des biens communs et il n'a besoin de l'assentiment du conjoint que pour vendre les

(1er fasc.), par J. Durand ; « Etats-Unis d'Amérique », par J. Brodu ; « Grande-Bretagne » (1er fasc.), par N. Brown et Ph. Gastambide ; « Grèce » (1er fasc.), par Ph. Francescakis, N. Valticos et D. Evrigenis ; « Guatemala » par J. Lisbonne ; « Luxembourg » (2e fasc.), par E. Arendt et A. Georges ; « Pays-Bas », par P. J. Van Ommeren ; « Pérou », par J. Lisbonne ; « Portugal », par J. Lisbonne ; « Roumanie », par Ch. Gruber et E. Constantiu ; « Suède », par G. Forssius ; « Suisse » (1er fasc.), par G. Flattet ; « Tchécoslovaquie », par H. Köhler ; « Turquie », par F. H. Saymen ; « République d'Afrique du Sud », par P.Q.R. Boberg ; « U.R.S.S. » (1er fasc.), par A. Dominique.

— Institut de droit comparé de l'Université de Paris, *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, et notamment les chapitres « Allemagne », par H. Dölle ; « Angleterre », par M. Lefebure et C. J. Hamson ; « Belgique », par Cl. Renard et P. Graulich ; « Brésil », par A. Wald ; « Canada, la Province de Québec », par P. Azard ; « Espagne », par R. Garcia de Haro de Goytisolo ; « Chili », par A. Alessandri ; « Colombie », par A. P. Vives ; « Pays-Bas », par I. Kisch ; « Pérou », par L. Echecopar Garcia ; « Portugal », par J. Dias Marques ; « Suède », par H. Hessler ; « Suisse », par Ch. Oftinger ; « Union sud-africaine », par T. W. Price ; « U.R.S.S. », par M. Fridieff.

— Arminjon, Wolff et Nolde, *Traité de droit comparé*, cf. spécialement : t. 1, p. 315 et s., nos 194 et s.

— A. Bergmann, *Internationales Ehe- und Kinschaftsrecht* (cet ouvrage est de loin le plus complet sur la question).

— P. Spiteri, *L'égalité des époux dans le régime matrimonial.*

(1) Texte de la loi du 13 juillet 1965.

constructions. En Grèce comme en Turquie, en Grande-Bretagne ou aux Etats-Unis, dans la majorité des Etats du moins, la séparation de biens est le régime légal. Mais il existe en droit grec sous certaines conditions une obligation pour les parents de doter leurs enfants de sorte que le régime légal prendra certains traits du régime dotal. La combinaison est comparable à celle qui constitue le régime légal péruvien et qui tient du régime dotal et de la société d'acquêts. D'autre part, en Grèce, les meubles, sauf ceux destinés à l'usage personnel de la femme, sont présumés appartenir au mari, alors qu'en Grande-Bretagne, par exemple, il n'existe aucune présomption ni en faveur de la femme, ni en faveur du mari. L'union de biens telle qu'elle existe en Suisse peut être rapprochée de la séparation puisqu'il ne s'y forme aucune masse commune et que tous les biens sont propres à l'un ou à l'autre des époux. Mais l'ensemble de ces biens est administré par le mari qui en a, en outre, la jouissance. A l'inverse, les régimes de participation aux acquêts en Colombie, en Suède, en Allemagne attribuent à chaque époux l'administration de ses propres et c'est seulement lors de la dissolution que ces biens ou une part d'entre eux forment une masse commune. Mais là encore, les biens qui constituent cette communauté différée ne sont pas les mêmes selon les pays : en Allemagne elle se limite aux augments, en Suède ou en Colombie tous les biens y tombent en principe. Ces quelques exemples de différences qui existent entre des régimes que l'on désigne pourtant sous la même appellation pourraient être multipliés, de sorte que l'on finirait par constater que chaque pays a son régime légal particulier qui ne se confond, malgré les ressemblances, avec aucun autre.

Certaines législations comme en U.R.S.S., en Roumanie ou au Pérou, prévoient un régime unique et obligatoire. Mais la plupart accordent aux époux, que le régime légal ne satisfait pas, une certaine liberté pour organiser eux-mêmes, s'ils le désirent, le statut pécuniaire de leur mariage, de sorte que la variété des régimes auxquels les ménages peuvent être soumis dans le monde s'en trouve encore accentuée. La part de liberté dont ils disposent diffère beaucoup selon les pays. Parfois, comme en Argentine, ils n'auront que la possibilité de modifier dans des proportions restreintes le régime légal. Parfois, comme en Suisse ou en Turquie, ils pourront opter entre quelques régimes prévus par la loi. Plus souvent encore, en France, aux Pays-Bas, au Brésil par exemple, on leur permettra d'imaginer toute combinaison qui leur conviendra, mais même alors leur liberté sera loin d'être totale car ils resteront toujours soumis à un ensemble de règles qui forment le régime patrimonial de base ou régime primaire impératif. Le régime matrimonial se présente donc dans les pays qui consacrent la liberté des conventions matrimoniales comme « une armature simple à combinaisons multiples » (1). Cette armature est, elle aussi, différente selon les pays. Les règles

(1) G. Cornu, « La réforme des régimes matrimoniaux », *J.C.P.*, 1966.I.1968.

qui la composent ne sont pas les mêmes et, en outre, elles sont plus ou moins nombreuses. Le régime primaire impératif ne change pas seulement d'une législation à l'autre par les solutions qu'il impose pour une question donnée, mais encore par le domaine qu'il réglemente.

La conception même que l'on se fait du régime matrimonial varie selon les pays et certains comme la Grande-Bretagne ou les pays musulmans vont jusqu'à ignorer l'institution, tout en posant cependant des règles pour gouverner les relations pécuniaires des époux.

Aujourd'hui l'évolution a pris, dans la plupart des ordres législatifs, une même orientation marquée par une tendance à l'égalisation des conditions du mari et de la femme. Mais elle n'est pas parvenue partout au même stade et, si elle a pour effet de rapprocher les législations sur ce point, elle est loin de conduire à une unification. Si les chemins pris conduisent dans la même direction, ils ne se confondent pas pour autant. Il est seulement possible de remarquer qu'un mouvement de réforme des régimes matrimoniaux se développe de nos jours à travers le monde (1). Le régime de la participation aux acquêts organisé selon des modalités diverses connaît une faveur certaine (2).

4. Il faut aussi constater que le problème d'adaptation qui se pose au législateur est particulièrement difficile. Ainsi la loi du 13 juillet 1965 est en France l'aboutissement ou peut-être seulement une étape d'un mouvement qui a commencé voici plus d'un demi-siècle (3) et qui s'est traduit par des réformes partielles et par des projets avortés. La loi du 13 juillet 1907 instituant les biens réservés, a certes donné des résultats décevants en pratique, mais elle a été l'amorce de ce mouvement (4). D'autres réformes législatives sont intervenues en 1924 (5), en 1938 (6) et en 1942 (7). Des

(1) Cf. P. Spiteri, *L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal.*

(2) Cf. en Allemagne, Loi du 21 juin 1957. En Belgique, le projet Ciselet d'abord et puis à présent le nouveau projet publié en 1965. De même un projet de réforme en Israël. En France, le projet de la Commission Renoult en 1932, puis la proposition Monnerville en 1946 et enfin la loi du 13 juillet 1965 qui introduit ce régime à titre de régime conventionnel (art. 1569 à 1579 nouveaux du C. civ.). Pour l'analyse de cette loi, cf. A. Ponsard, « La réforme des régimes matrimoniaux », extrait du *Recueil Dalloz-Sirey*, 1966. R. Chauveau, « La réforme des régimes matrimoniaux en tableaux synoptiques », *Gaz. Pal.*, 1966 ; Hamiaut, *La réforme des régimes matrimoniaux*, 1965.

(3) P. Pallu de Lessert, « Réforme des régimes matrimoniaux. Commentaire de la loi du 13 juillet 1965 », *J. Not.*, 1965.47601.

(4) Loi du 13 juillet 1907, cf., par exemple, R. Perceau, *Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage*, 1908.

(5) Loi du 29 avril 1924. Cf. A. Choteau, « La réforme des régimes matrimoniaux », *Mélanges Ripert*, t. 1, p. 455.

(6) Loi du 18 février 1938.

(7) Loi du 22 septembre 1942 validée par l'Ordonnance du 9 octobre 1945. Sur cette loi et celle de 1938, cf. J. Boutard, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, 1947, p. 7 et s.

projets plus importants n'ont pas abouti : le projet Renoult ayant été repoussé en 1932 fut transformé et repris en 1939. Il fut même adopté par le Sénat, mais la guerre ayant éclaté, il fut abandonné. La Commission de réforme du Code civil se pencha sur le problème à partir de 1945. En 1959, le projet Michelet faillit aboutir, mais l'on ne put s'entendre sur les pouvoirs de gestion de la femme. Enfin, la loi du 13 juillet 1965 réalise une réforme d'une certaine ampleur, mais elle a suscité des critiques parfois sévères dès avant son vote (1), qui ne se sont pas apaisés ensuite (2). Beaucoup regrettent que l'on n'ait pas choisi à titre de régime légal la participation aux acquêts ou du moins créé une option permettant aux époux de l'adopter de préférence à la communauté réduite aux acquêts, sans être pour autant obligés de passer un contrat de mariage (3).

La variété des solutions possibles et la nécessité de les adapter à des besoins particuliers créent un problème de choix très difficile au législateur et, dans une certaine mesure, aux futurs époux lorsqu'ils prétendent faire usage de la liberté qui leur est laissée de faire un contrat de mariage.

5. Si l'on quitte le plan du droit interne pour passer sur le terrain du droit international privé, le problème reste celui d'un choix. Il s'agit toujours de déterminer à quel statut pécuniaire les époux doivent être soumis ; mais il n'est plus question d'établir ce statut, il faut seulement choisir entre les législations existantes laquelle imposera ses règles. Or chaque ensemble de règles a été élaboré en fonction de conditions propres et il faut supposer qu'il est particulièrement adapté à certaines catégories de ménages. Il n'est, dès lors, pas question de soumettre les époux de façon arbitraire à n'importe quelle législation. Il faut au contraire déterminer laquelle leur convient et leur est en somme destinée. Le législateur de chaque pays a œuvré pour un groupe différent d'époux. La question serait donc de déterminer à quel groupe appartient le ménage considéré.

Mais le problème se complique parce qu'il s'agit de ménages internationaux qui n'appartiennent pas à un groupe déterminé et qui sont rattachés par des liens plus ou moins forts non pas à un seul, mais à plusieurs pays. Il faut donc essayer de savoir quel

(1) Cf., par exemple, H. Mazeaud, « La communauté réduite au bon vouloir de chacun des époux (Réflexions sur le nouveau projet de loi portant réforme des régimes matrimoniaux) », D., 1965, Chron. 91 ; R. Savatier, « La finance ou la gloire, option pour la femme mariée. Réflexions sur la réforme des régimes matrimoniaux », D., 1965, Chron. 136.

(2) Cf. les prises de position d'un certain nombre d'associations telles que le Mouvement démocratique féminin, la Ligue française pour le droit des femmes le Cercle des femmes républicaines, l'Association des femmes de profession juridique.

(3) Cf., par exemple, les interventions de Mme Thome-Patenôtre, de MM. Waldeck, L'Huillier, Dubois... à la Séance de l'Assemblée Nationale du 26 juin 1965 *Journal des Débats de l'Assemblée Nationale*, 27 juin 1965.

est, du point de vue du régime des biens, le lien le plus important, celui qui, de préférence aux autres, déterminera la loi applicable.

En l'occurrence le conflit ne suppose pas nécessairement que les époux soient de nationalités différentes. Il suffit qu'ils se soient mariés ou qu'ils soient domiciliés dans un pays autre que celui de leur nationalité. Or plus de deux millions d'étrangers vivent en France (1). Des difficultés peuvent également se présenter lorsque des époux possèdent des biens à l'étranger. Ainsi la nationalité constituera une ou deux attaches différentes selon qu'elle sera commune ou non aux époux. De même leur domicile les liera d'une certaine façon à un pays. Mais ce domicile peut lui aussi ne pas être commun. En outre, il pourra changer une ou même plusieurs fois. Le lieu de célébration du mariage est également un élément dont il faudra éventuellement tenir compte, de même que la situation des différents biens des époux. Dès lors, on peut hésiter entre beaucoup d'éléments de rattachement pour résoudre les conflits de lois et ceux-ci seront très fréquents.

L'abondance de la jurisprudence témoigne de ce dernier point. Ce témoignage se trouve corroboré par l'intérêt que les praticiens ont pris au problème : en 1960, le 58e Congrès des Notaires de France qui avait été précédé de congrès régionaux et, en 1963, le 7e Congrès de l'Union Internationale du Notariat Latin l'ont choisi pour thème (2).

D'autres circonstances manifestent les difficultés de bien choisir une règle de rattachement en la matière. La doctrine depuis cinq siècles a fait de ce choix l'objet d'une controverse inépuisable. L'Institut de Droit International s'est préoccupé du problème lors de la session de Heidelberg en 1887 et surtout à Lausanne en 1888. Une Convention internationale est résultée de la Conférence de La Haye en 1905, mais elle n'a pas, en France du moins, résolu durablement le problème, pas plus que le Traité franco-italien de 1930 que la guerre fit disparaître. De nombreux projets se sont succédés dont aucun n'a abouti. En 1909, la Société d'Etudes Législatives en élabora un premier, retenant comme élément principal de rattachement la nationalité, auquel, en 1929, elle substitua un autre fondé sur la prééminence du domicile. Entre temps, un texte incorporé à la réforme du droit de la nationalité avait été voté en 1924 par la Chambre des députés. Mais le Sénat avait, à

(1) 2 150 700, selon *Le Monde* du 17-18 novembre 1963.

(2) Pour les congrès régionaux, cf., par exemple, le Ier *Congrès régional des Notaires de la Cour d'appel de Colmar*, 20 mai 1960, rapport de Me Steinmetz sur « Les conflits interprovinciaux et internationaux, particulièrement en matière de régime matrimonial ». Sur le plan national : cf. 58e *Congrès des Notaires de France. Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux et des successions*, 1960. Sur le plan international, cf. *Septimus Conventus ex omni latinitate scribarum. Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé. Etude des solutions en vigueur dans les six pays du Marché commun*, 1963. Cf. sur ce congrès : R. Le Moal, « Vœux du 7e Congrès de l'Union Internationale du Notariat Latin », *Clunet*, 1965.81.

juste titre, estimé qu'il n'était pas à sa place et il fut oublié. La Commission de réforme du Code civil proposa un nouveau texte en 1949 dans le cadre d'un projet de codification du droit international privé. Ce texte fut modifié en 1955 par le Comité français de droit international privé.

Le problème se pose toujours de savoir quelle loi doit gouverner les régimes matrimoniaux.

6. C'est la seule question que les différents projets se proposaient de résoudre en la matière. Mais d'autres problèmes sollicitent l'attention de la jurisprudence qui doit déterminer le domaine de la loi applicable et donc préciser l'objet du statut pécuniaire. Or les contours du régime matrimonial ne sont pas fixés de façon incontestée. Sans doute tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que l'institution concerne les biens des époux, mais non pas pour dire qu'elle seule intéresse ces biens. Les diverses institutions qui interviennent dans le sort des biens des époux peuvent dépendre de lois différentes. Leur domaine doit donc être soigneusement délimité, de sorte que le rôle de chaque loi puisse être fixé, sans que l'une empiète sur l'autre.

Cette délimitation doit faire la moindre part à l'arbitraire, car les règles forment un ensemble cohérent qui maintient un certain équilibre entre les intérêts de la femme et ceux du mari. Par exemple, les législations qui donnent des pouvoirs plus importants au mari font bénéficier la femme de protections particulières. Celles-ci diminuent dans la mesure où les pouvoirs de l'épouse augmentent. Ainsi la loi du 13 juillet 1965 ne permet plus à la femme de renoncer à la communauté, mais les articles 215, alinéa 2, 220, alinéa 3, et 1424 nouveaux exigent son consentement pour les actes les plus importants. D'autre part, le mari devient responsable de ses fautes d'administration. L'équilibre est recherché selon les législations de façon variée. Mais tout système est composé de règles qui se complètent ou se compensent, de sorte que, si l'on désagrège l'ensemble, l'équilibre risque fort d'être rompu. Il serait opportun qu'une seule loi gouverne tout le statut pécuniaire des époux.

Ce résultat serait atteint si l'on décidait que toutes les règles intéressant les relations pécuniaires des époux dépendent du régime matrimonial et ressortissent par conséquent à la loi qui le gouverne. D'ailleurs, le régime matrimonial ne se définit-il pas comme l'ensemble des règles qui gouvernent les intérêts pécuniaires du ménage ? Mais certaines prescriptions peuvent n'avoir pas pour rôle immédiat de régler ces intérêts et n'être pas pour autant sans effet sur les relations patrimoniales des époux. La définition même du régime le situe à la limite de plusieurs autres catégories juridiques. L'institution concerne les personnes mariées, elle dépend du mariage, elle en est un effet puisque tous les époux et seulement eux y sont soumis. Ne faut-il pas la rapprocher des autres effets du mariage dont certains pour être personnels n'en ont pas moins des réper-

cussions sur les intérêts pécuniaires des époux (1) ? L'institution se rapporte aux biens des époux qui, comme tous les autres, sont, en même temps, soumis au régime général des biens. Sans doute le statut pécuniaire ne s'en préoccupe que dans la mesure où le mariage crée des relations spécifiques entre les époux. Mais la séparation entre les deux catégories juridiques n'est pas toujours très nette, notamment en ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme mariée. Les limites s'effacent parfois complètement lorsqu'on veut situer le régime matrimonial par rapport aux successions. Les deux institutions, en effet, règlent l'influence des liens familiaux sur les patrimoines. Lorsque l'un des conjoints meurt, le régime matrimonial est dissous en même temps que sa succession s'ouvre. La composition de son patrimoine dépend du statut pécuniaire sous lequel les époux ont vécu. Si le régime matrimonial et la succession sont soumis à des lois différentes, il faudra faire la part des deux pour déterminer par exemple les droits du conjoint survivant qui résulteront pour lui soit de l'une, soit de l'autre institution.

Enfin, les futurs conjoints disposant généralement d'une part de liberté pour l'établissement de leur statut, un contrat pourra intervenir pour le règlement de leurs relations pécuniaires (2). Le régime matrimonial touche alors à la catégorie juridique des contrats. Il en ira de même lorsque les époux voudront passer des contrats ordinaires entre eux.

7. Pour supprimer certains de ces problèmes de délimitation, on peut être tenté d'inclure le régime matrimonial dans l'une des catégories juridiques voisines. Par la même occasion, on aura alors résolu la question de la règle de rattachement. Ainsi le premier système en vigueur en France soumettait les biens des époux à la loi de leur situation, les meubles étant réputés situés au domicile de leur propriétaire, de sorte que la même loi réglait, à propos de chaque bien, non seulement les problèmes purement réels, mais encore les questions matrimoniales ou successorales. Ce système est encore en vigueur spécialement en droit anglo-saxon. D'autres pays, comme l'Italie, estiment qu'il ne faut pas faire de différence entre les effets personnels et les effets pécuniaires du mariage. Le régime matrimonial est alors soumis à la loi personnelle des époux. En France, la solution traditionnelle se fonde sur le principe de la liberté des conventions matrimoniales. Elle a son origine dans l'idée que le régime légal n'étant pas imposé aux époux résulte d'une convention tacite.

(1) Par exemple le droit d'opposition à l'exercice d'une profession séparée dont disposait le mari à l'encontre de sa femme avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1965.

(2) En 1962, la proportion des contrats de mariage par rapport aux mariages était de 17 pour 100 (54 974 contrats pour 316 873 mariages). En Belgique, 30, 48 pour 100 en 1952 ; aux Pays-Bas, 5 pour 100 environ en 1957.

Il serait heureux d'harmoniser la règle de rattachement relative aux effets personnels du mariage et celle qui concerne le statut pécuniaire. Il y aurait avantage aussi à soumettre à une loi unique les successions et le régime matrimonial. Mais la triple conjonction n'est pas tout à fait réalisable.

Au demeurant, il ne serait même pas opportun d'intégrer purement et simplement le régime matrimonial aux effets personnels du mariage. Seule une certaine harmonisation des règles de conflit est souhaitable. La meilleure règle est celle qui résulte de la nature même de l'institution en cause. Or les effets pécuniaires du mariage ne sont pas de même nature que les effets personnels. Les seconds ne mettent en cause que les personnes et les règles qui les gouvernent sont imposées par la loi ; les premiers sont relatifs à des biens et la volonté des époux peut avoir une certaine part dans leur organisation.

Le régime matrimonial subit l'attraction de trois catégories juridiques différentes : celle des biens, celle des personnes ou du moins des effets personnels du mariage, et enfin la catégorie des contrats. Les différents systèmes de conflit se fondent généralement sur la prédominance de l'une de ces attractions et négligent les autres. Selon certains, les règles gouvernant les relations pécuniaires des époux appartiennent au régime des biens ; selon d'autres, ces règles se confondent avec celles qui régissent les effets personnels du mariage ; d'après d'autres encore, le régime matrimonial est essentiellement un contrat. Ainsi chacune de ces attractions est reconnue prédominante par au moins un système. L'on peut, somme toute, en déduire qu'aucune d'entre elles n'est vraiment négligeable. Le régime matrimonial présente à la fois plusieurs caractères et l'on ne saurait le réduire à l'un d'entre eux sans négliger des aspects importants de l'institution et sans trahir sa nature. Pour cette raison, aucune des règles de conflit que proposent l'histoire du droit français et le droit comparé, ne paraît satisfaisante. Chacune ne se fonde que sur un des caractères de l'institution, et elles ignorent toute sa nature complexe.

Il nous faudra étudier successivement ces systèmes pour voir quelle leçon il est possible d'en tirer (1re Partie). Ensuite seulement, en fonction des principes retenus pour la détermination de la loi du régime, nous pourrons en délimiter le domaine (2e Partie).

PREMIÈRE PARTIE

LA LOI APPLICABLE

« De toutes les difficultés que la diversité des statuts a introduites dans la jurisprudence, il n'y en a constamment aucunes qui soient plus intriguées et plus épineuses que celles dont je vais parler ».

J. Bouhier,

Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne. Œuvres de jurisprudence.

Tome premier, 1787, Chapitre XXIII, § 1.

8. La recherche de la loi applicable au régime matrimonial se révèle particulièrement délicate. Cinq siècles de débats souvent passionnés n'ont pas suffi à épuiser le sujet. Dans le titre du commentaire qu'il lui avait consacré en 1698, le conseiller Van der Muelen de la Cour du Brabant hollandais l'avait qualifié de *famosissima quaestio*. Cette expression est reprise notamment en 1880 par Laurent et devient le titre des développements qu'il consacre à la matière (1). En 1888, Surville constate que « cette difficile question n'est pas moins vivement débattue de nos jours qu'elle ne le fut autrefois » et évoque « l'immense tournoi juridique » auquel elle donne lieu (2). Pillet y voit une « question célèbre entre toutes, ancienne, connue, cent fois décidée par nos arrêts, et qui demeure, en dépit de tous les efforts, d'une difficulté fort ardue, presque insurmontable » (3). En 1932, Bonnecase la trouve « particulièrement épineuse et tout à fait à l'ordre du jour » (4). Or ces appréciations plus ou moins anciennes décrivent encore justement la situation actuelle. Les données du problème n'ont pas tellement changé et les arguments se répondent à travers les temps.

9. Apparemment, la question est née en 1525, lorsque Dumoulin donna sa célèbre consultation dans *l'affaire de Ganay* (5). Jusqu'à cette date, sans qu'il en soit resté des traces évidentes (6), il semble bien qu'on avait appliqué le système de la réalité qui s'imposait alors à toute la matière des conflits de coutumes. Dumou-

(1) F. Laurent, t. V, p. 385.
(2) F. Surville, *Rev. crit. législ. jurisp.*, 1888.261.
(3) A. Pillet, note sous Paris, 25 novembre 1891, S., 1896.II.273.
(4) J. Bonnecase, *Science et Tradition en Droit civil. A propos de la thèse de M. Carbonnier*, p. 65.
(5) C. Dumoulin, *Consilium* 53.
(6) Cf. Haroldo Valladao, *Recueil*, n° 105, 1962.I.79.

lin prétendit soumettre le régime matrimonial au statut personnel. Son idée l'emporta aussitôt devant le Parlement de Paris et peu à peu dans toutes la France malgré une opposition parfois très vive. Les solutions des conflits de lois étaient circonscrites alors à la distinction entre statuts personnels et statuts réels. Si le régime matrimonial ne se rangeait pas parmi les uns, il se classait nécessairement parmi les autres. Pour réfuter l'appartenance aux statuts réels, Dumoulin tint le raisonnement suivant : une convention relative à des biens produit ses effets quelle que soit la situation de ceux-ci ; ainsi en est-il du contrat de mariage et ainsi doit-il en être du régime coutumier qui, venant suppléer l'absence d'un contrat exprès, n'est rien d'autre qu'une convention tacite. Dès lors une loi unique gouvernera le régime matrimonial, même si les époux possèdent des biens en divers ressorts coutumiers. Le système de la réalité est remplacé par le système de la personnalité qui signifie compétence de la loi du domicile. Selon le juriscontulte, en effet, lorsque des gens établissent un contrat sans en préciser tous les détails, c'est qu'ils s'en sont implicitement tenus aux usages de leur domicile.

L'argumentation de Dumoulin est faite de deux idées qui sont à l'origine de deux groupes de systèmes : la première, c'est l'idée de convention tacite d'où l'on tirera la loi d'autonomie. La seconde, c'est celle de la compétence de la loi du domicile ou plus largement du statut personnel, d'où sont issus les systèmes de la personnalité. La caractéristique de l'influence de Dumoulin, c'est qu'après les premiers disciples fidèles, les auteurs, la jurisprudence, divers législateurs ont estimé contradictoires ses deux idées et ont retenu soit l'une soit l'autre, mais jamais les deux à la fois.

10. Même si le résultat de son effort n'a pas convaincu et n'était pas entièrement convaincant, Dumoulin n'avait sans doute pas tort de vouloir concilier l'inconciliable. Puisqu'aujourd'hui encore on hésite entre l'un et l'autre des groupes de systèmes et qu'on se refuse à revenir au système de la réalité, la solution doit peut-être être recherchée dans une synthèse.

Chaque système repose sur une conception différente du régime matrimonial. Selon les uns, le régime matrimonial se rattache à la catégorie des biens ; selon d'autres, à la catégorie des effets du mariage selon d'autres encore, à celle des contrats. Mais il est peut-être préférable de dire que le régime matrimonial, s'il participe de ces différentes catégories, ne se rattache à aucune d'elles et forme une catégorie autonome.

CHAPITRE I

LA LOI DES BIENS

SYSTÈME DE LA RÉALITÉ

11. Le système de la réalité est le plus ancien. On considère souvent qu'il offre seulement un intérêt historique. Parfois celui-ci est lui-même mis en doute. L'histoire de la question ne commence-t-elle pas précisément au moment où un autre système va le supplanter ? L'on ne sait guère d'ailleurs comment il était appliqué auparavant.

En vérité, il n'a pas été effacé si radicalement qu'il ne mérite plus qu'on en parle. Les idées de Dumoulin ne se sont pas imposées sans résistance tant doctrinale que jurisprudentielle et le système de la réalité garde aujourd'hui encore au moins un partisan en France, M. Delaume (1). La jurisprudence en conservait quelques traces jusqu'à une époque relativement récente. Il existe, en effet, un argument législatif : l'article 3, alinéa 2, du Code civil selon lequel « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». En outre, le système reste celui des pays anglo-saxons et pour cette raison l'un des plus pratiqués en droit comparé. Enfin, en France même, s'il ne gouverne plus le régime matrimonial, il continue jusqu'à présent de régir une matière qui n'est pas sans lien avec ce dernier, les successions immobilières et même mobilières si l'on admet l'idée que la compétence de la loi du domicile dans ce dernier cas s'explique par une localisation fictive des meubles.

SECTION I

GÉNÉRALITÉS

12. Chronologiquement antérieur aux autres, le système de la réalité s'en distingue encore parce qu'il ignore la notion même de régime matrimonial. Il ne connaît pas un régime matrimonial,

(1) G. Delaume, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, p. 276, et note sous Aix, 21 mars 1950, *J.C.P.*, 1950.II.5673.

mais des biens appartenant à des époux et gouvernés pour ce motif par des règles spéciales. Il n'est pas nécessaire que ces biens soient considérés dans leur ensemble, ni que ces règles forment un statut cohérent, il suffit que l'on sache quelle règle s'appliquera à chaque bien en particulier. La loi de sa situation régira chacun d'entre eux. Selon leur dispersion, les biens d'un ménage pourront être soumis à différentes lois.

Ce système est incompatible avec la conception de l'indivisibilité du régime : celui-ci formant un ensemble équilibré ne doit pas être dissocié. En pratique, il faut cependant reconnaître qu'aucun système ne permet d'éviter totalement la fragmentation. Mais elle ne se fera pas, du moins au niveau de la règle de rattachement et dépendra uniquement de la qualification donnée à différentes règles de droit : il n'est pas possible d'intégrer toutes celles qui concernent les relations pécuniaires des époux au régime matrimonial. Certaines dépendent d'autres institutions et devront suivre leur rattachement (1).

M. Delaume, dernier partisan en France de la réalité, reconnaît qu'elle compromet l'unité du régime matrimonial (2). « Seulement, se demande-t-il, cette unité doit-elle être assurée nécessairement ? » Il souligne le cousinage du régime matrimonial et du régime successoral. Il relève que l'intérêt des tiers sera sauvegardé puisque les opérations qui concernent les immeubles « se passent le plus souvent au lieu de leur situation » et que pour les meubles « c'est généralement au lieu de leur domicile que les époux contracteront des obligations ». Il note enfin que « c'est l'intérêt de la France » dont la loi doit régir les immeubles situés sur le territoire français.

Il faut certes éviter de faire à la loi réelle le procès de tendance consistant à dire que le système est mauvais parce qu'il porte l'accent sur les biens, alors que ceux-ci sont au service de la société, de la famille ou des individus et ne constituent pas une fin en eux-mêmes. Ce serait oublier qu'il doit pourtant y avoir un statut des biens. La question est seulement de savoir si le régime matrimonial dépend de ce statut. Une règle de rattachement doit se fonder sur la conception que l'on a de l'institution qu'elle doit gouverner ou du moins s'harmoniser avec elle. Or il n'est pas un auteur aujourd'hui qui ne considère le régime matrimonial comme un ensemble de règles ou comme un statut. « Le régime matrimonial est essentiellement une réglementation relative à l'ensemble du patrimoine », dit, par exemple, M. Batiffol (3). L'argument n'est pas seulement théorique. Les règles du régime matrimonial se répondent les unes les autres afin de créer un équilibre entre les intérêts des époux. Or cet équilibre sera assuré différemment selon le régime. Vouloir

(1) Cf. n[os] 148 et s.

(2) G. Delaume, p. 276 et s. et note sous Aix, 14 mars 1950, *J.C.P.*, 1950.II. 5673.

(3) H. Batiffol, *Traité*, p. 686.

accorder les règles de deux ou de plusieurs régimes aboutit à fausser l'équilibre. « Toutes les parties du régime se tiennent et ... l'application de principes différents aux divers éléments du patrimoine entraînerait inévitablement des résultats anormaux et injustes (1). Il est classique de supposer que les biens du mari sont situés en pays de séparation et les biens de la femme en pays de communauté, de sorte qu'à la dissolution du mariage le mari conservera tous ses biens et recueillera en outre la moitié de ceux de sa femme, tandis que la femme y perdra la moitié des siens sans la moindre compensation.

L'application du statut réel ne donnera pas toujours des résultats aussi manifestement injustes, il sera néanmoins une source de complications et pour les époux et pour le juge qui se trouveront en face de plusieurs lois à compétence partagée. Le régime matrimonial est « la charte pécuniaire du mariage » (2) ; la famille forme un tout, les relations pécuniaires des époux doivent former un tout. Entre concubins mêmes, l'on constate l'existence de sociétés de fait.

13. Pour les meubles du moins, le fractionnement est évité, non sans une infidélité à la logique du système. En effet, les biens mobiliers ne sont pas soumis à la loi de leur situation mais à la loi du domicile. Pratiquement, la solution est bonne, car elle atténue les inconvénients de la réalité. Mais n'est-ce pas un aveu de ces inconvénients ? On la justifie par l'adage *mobilia sequntur personam* qu'il faut entendre non dans le sens que les meubles font partie du statut personnel, mais dans le sens plus littéral que les meubles sont censés suivre les personnes au lieu où elles vont s'installer. La même idée est exprimée de façon plus frappante à propos des successions par un autre adage : *Mobilia ossibus inhoerent.* Mais quel que soit l'adage au nom duquel on défend l'idée, ce n'en est pas moins une fiction, c'est-à-dire le néant selon M. Batiffol (3).

On peut défendre une fiction du moment qu'elle est utile. Mais il est permis de s'étonner si l'on sait que le reproche principal fait par les partisans de la réalité au système de Dumoulin, c'est d'être bâti sur des fictions mensongères. A l'origine, il est vrai, les meubles avaient toutes chances d'être vraiment situés au domicile des époux et ainsi la fiction de correspondre à la réalité. Si elle n'y correspondait pas, l'inconvénient était peu important : *vilis mobilium possessio, res mobilis, res vilis.* Mais aujourd'hui, la théorie repose toujours sur la distinction traditionnelle des meubles et des immeubles. Or cette division est devenue artificielle en la matière. Car si, à l'époque, on classait les immeubles et les meubles selon leur valeur plutôt que d'après leur nature, et si à la catégorie des immeubles correspondaient tous les biens qui faisaient la fortune d'un ménage,

(1) Asser et Rivier, *Eléments*, p. 108, n° 48.
(2) J. P. Niboyet, *Traité*, t. V, p. 404.
(3) H. Batiffol, *Traité*, p. 711.

aujourd'hui les meubles constituent souvent l'essentiel de cette fortune (1). De ce même point de vue, M. Rouast constate la tendance des législateurs contemporains à ne plus distinguer entre meubles et immeubles pour fixer la composition de la communauté (2).

SECTION II

HISTORIQUE

§ 1. — La réalité incontestée des statuts concernant les biens des époux

14. Le système de la réalité reposait sur une organisation sociale qui n'est plus la nôtre. On n'était certes pas plus fétichiste jusqu'au XVI^e^ siècle et si l'accent était ainsi porté sur les biens, c'est que la signification sociale du mariage n'était pas alors la même et que le régime matrimonial n'avait pas la même fonction qu'aujourd'hui. Il n'avait pas pour fonction principale de protéger un époux contre l'autre, ni de favoriser le foyer fondé par le mariage, ni encore d'assurer l'autonomie de cette nouvelle cellule sociale. Il avait essentiellement pour fonction le maintien des familles. Et si de nos jours le mot famille évoque précisément d'abord le couple et ses enfants, il s'agissait alors du lignage. La famille était une longue lignée solidement implantée sur une terre. Le mariage ne créait pas une famille nouvelle, mais représentait une alliance, un trait d'union entre deux familles préexistantes et devait avoir pour effet de consolider ces deux familles. Un trait d'union rapproche et sépare à la fois. On unit certes, on ne fusionne pas.

Les familles portent le nom de leur terre. Si une personne peut sortir de la famille, un bien de prix en sort beaucoup plus difficilement. L'assise de la famille, c'est son patrimoine et singulièrement les immeubles. Les personnes sont mobiles, mais les biens immobiliers demeurent. Le régime matrimonial comme le régime successoral (3) sera organisé pour la protection des biens de famille. L'on comprend dès lors que la coutume compétente soit celle de la situation des biens.

§ 2. — Décadence de la réalité

15. Dans les villes et dans la bourgeoisie dont l'importance s'accroît, ces principes sont moins profondément ancrés. Les liens

(1) L. Sebag, « La méthode quantitative en droit civil », D., 1963, Chron. 205.
(2) A. Rouast, in *Institut de Droit comparé. Le régime légal*, p. 12.
(3) Cf., par exemple, la règle *paterna paternis, materna maternis*.

de parenté se perdent de vue beaucoup plus facilement en milieu urbain. La famille a tendance à se replier autour du couple. Les biens de leur côté se mobilisent. Certes, les bourgeois eux aussi achètent des terres, mais c'est pour placer leur argent. Et ils y sont moins attachés. Grâce à ce contexte social, le système de Dumoulin supplantera celui de la réalité défendu par d'Argentré.

Bertrand d'Argentré, défenseur du particularisme breton, partisan convaincu de la réalité des coutumes, reconnaissait pourtant qu'un contrat de mariage pouvait produire des effets en dehors du territoire où il avait été conclu (1). Mais si une convention pouvait produire ses effets en tous lieux, les effets de la coutume devaient être limités à son ressort territorial. Dans ce ressort seulement la coutume est souveraine, mais elle est seule souveraine. Or le régime coutumier dépend, selon d'Argenté, immédiatement et exclusivement de la coutume. « Quand les époux se marient sans contrat, dit-il, ils s'en rapportent à la coutume ; ils veulent que la coutume leur tienne lieu de contrat ; ils doivent donc l'accepter avec le caractère qui lui est propre ; or il est de l'essence des coutumes d'être réelles ; toutes-puissantes dans leur territoire, elles n'ont aucune autorité hors de ses limites : chaque coutume est souveraine dans le territoire sur lequel elle règne » (2).

16. Au XVII^e^ siècle, la discussion s'est quelque peu assoupie. Paris a été rapidement conquis au nouveau système, mais d'autres juridictions résistent (3). Un arrêt de la Cour suprême de Brabant toujours fidèle au système de la réalité va en 1693 relancer la controverse (4). En effet, à cette occasion, Stockmans prit violemment à partie les magistrats hollandais, les accusant de s'en tenir au système de la réalité par incapacité de rompre avec la routine (5). En réponse à cette attaque, Van der Muelen justifie longuement les magistrats et reprend tous les arguments de d'Argentré. Paul Voët, Peck, Everard défendent les mêmes idées.

Au XVIII^e^ siècle, après s'être ravivée en Brabant, la discussion reprend également en France (6). Froland, par goût personnel aurait bien opté pour le système de d'Argentré ; volontiers même

(1) B. d'Argentré (1519-1590), article 218, glose 6, p. 673 et s.
Selon J. Bouhier (Chap. XXVI, p. 4, p. 714), « les plus considérables » partisans de la réalité sont Cravette et d'Argentré.

(2) F. Laurent, t. V, p. 387.

(3) Fidèles à la réalité : arrêt du Parlement de Bourgogne du 15 mai 1634 (cf. P. A. Merlin, *Répertoire*, V° *Douaire*, t. IX, p. 105, sect. 1 § 2) ; *arrêt du Conseil Souverain de Brabant* du 25 septembre 1643 (*idem*, Communauté, t. V, p. 108) ; *arrêt du Grand Conseil de Malines* de 1643 ; *arrêt du Parlement de Metz*, du 20 mars 1692 (*idem*, Communauté, t. V, p. 112).

(4) Cf. L. Boullenois, t. I, p. 760 ; L. Froland, t. I, p. 310 ; P. A. Merlin, *Répertoire*, Commun. § 1, p. 108.

(5) P. Stockmans, *Decisio* 50.

(6) Cf. B. Lemarignier, *La Conférence des avocats et les conflits de statuts concernant les effets du mariage au début du XVIII^e^ siècle.*

il serait allé plus loin que lui et aurait dans son respect pour l'autorité des coutumes refusé aux époux le droit d'y déroger par leurs conventions matrimoniales. Mais le poids de la jurisprudence l'accable et il s'incline à contre-cœur devant le système de Dumoulin, non sans l'avoir critiqué et regretté la réalité. Pourtant, le Parlement de Metz (1) et surtout le Parlement de Rouen (2) reconnaissent encore la thèse ancienne qui avait un siècle auparavant en Normandie trouvé un partisan moins hésitant que Froland en la personne de Basnage (3).

§ 3. — Survivances dans le droit post-révolutionnaire

17. Au début du XIXe siècle, la réalité n'est pas définitivement écartée. L'on aurait même pu croire un moment qu'elle pourrait l'emporter, car la Cour de cassation a commencé par lui faire un large accueil. Ainsi le 4 mars 1829, la Chambre des requêtes adoptait une solution plus conforme encore aux principes de la réalité que celle préconisée par d'Argentré (4). Les magistrats de la Cour suprême décidaient « que les immeubles contentieux situés dans le ressort de la coutume de Normandie devaient être régis par cette coutume et que la demanderesse en cassation ne devait y avoir que le tiers, et en usufruit seulement, malgré la stipulation consentie par les époux dans leur contrat de mariage de 1780, de s'en tenir exclusivement à la Coutume de Châteauneuf-en-Thimerais ». Ils rejoignaient ainsi la position la plus avancée de Froland, à laquelle celui-ci d'ailleurs n'avait osé se tenir. Cependant, dans l'explication qu'ils donnent de leur solution, on peut trouver une réserve implicite. Ils précisent, en effet : « que le statut est réel lorsqu'il a principalement et directement les biens pour objet ; que les articles 329 et 330 de la Coutume de Normandie, invoqués par la demanderesse en cassation, loin de régler directement et principalement la capacité ou l'incapacité générale et absolue des personnes pour contracter, n'ont principalement et directement que les biens pour objet, puisque le premier ne fait qu'écarter

(1) Parlement de Metz, 20 mars 1692, cf. P. A. Merlin, *Répertoire*, Communauté, t. II, p. 583.

(2) Parlement de Rouen, 10 mai 1701 et 3 août 1789, cf. L. Froland, t. I, p. 269 ; H. Basnage, *Coutume de Normandie*, art. 371, t. II, p. 79, note 1.

(3) H. Basnage, *Coutume de Normandie*, art. 320.

(4) Req., 4 mars 1829, S. (9e vol.), Io, p. 243 ; D.P., 1829.I.166 ; S., 1830.I.191 ; cf. aussi : Civ., 2 mai 1825, S. (8e vol.), Io, p. 117 ; S., 1825.I.225 ; Req., 5 juillet 1842, S., 1842.I.681 : la solution est moins certaine, car elle est fondée sur l'interprétation des clauses du contrat ; Civ., 18 août 1852, S., 1852.I.711 : en l'espèce selon l'autonomie de la volonté, la Coutume de Paris régissait les relations matrimoniales. L'arrêt décide que cette coutume ne peut prévaloir contre les articles de la Coutume normande qui gouvernent le statut des immeubles possédés par les époux en Normandie. Metz, 9 juin 1852, D.P., 1852.II.189 ; Alger, 16 février 1867, S., 1868.II.48 ; Paris, 6 mars 1879, S., 1883.I.65, en sous-note de Civ., 4 avril 1881.

une espèce particulière de contrat, c'est-à-dire la communauté conjugale, et que le second ne fait qu'ordonner que sur les conquêts faits par le mari il n'appartiendra à la femme que la part que lui assigne la coutume à laquelle les contrats ne peuvent déroger ; qu'ainsi ces deux articles forment évidemment un statut réel ».

Cette précision est conforme à l'esprit de la thèse de la réalité qui refuse de considérer le régime matrimonial comme un ensemble indissociable. Ce refus emporte une double conséquence. La première, c'est que des biens situés en des ressorts coutumiers ou législatifs différents seront gouvernés par des règles différentes, dans la mesure où ces règles constituent un statut réel. La seconde, c'est qu'on ne considérera pas *a priori* que toutes les règles qui forment le régime matrimonial sont de statut réel, mais qu'on devra examiner le contenu de chaque règle avant de la classer dans un statut ou dans l'autre. Ni une seule loi, ni même une seule règle de conflit n'ont vocation de régir le statut pécuniaire des époux, dont on ne reconnaît pas l'unité.

18. Cette solution a persisté, combinée assez curieusement avec la théorie de l'autonomie de la volonté. Il est bien connu que la loi italienne ne tolère aucune communauté, si elle n'est pas réduite aux acquêts. Or les Italiens ont toujours été nombreux à vivre en France, et à s'y marier soit entre eux, soit avec un conjoint français. A quel régime matrimonial allaient-ils être soumis ? Selon la règle d'autonomie, on attribuera souvent compétence à la loi française et comme la plupart du temps ils n'auront pas fait de contrat de mariage, ils seront considérés comme mariés sous le régime de la communauté légale française, que leur loi nationale prohibe. On aurait pu se contenter de dire que, la loi nationale n'étant pas compétente, mais la loi d'autonomie, seules les règles de cette dernière s'appliquent : la prohibition de la loi italienne était ainsi exclue. Mais très longtemps on n'a pas raisonné ainsi. « Toute la difficulté, dans l'espèce, lit-on dans le commentaire anonyme d'un arrêt de la Chambre civile du 4 mars 1857 (1), consistait à savoir si la circonstance que le régime de communauté n'était pas admis par la loi du pays auquel appartenait l'étranger qui se mariait en France, était un obstacle à ce qu'il put se soumettre expressément ou tacitement à ce régime. Or même à ce point de vue la question ne saurait être douteuse. Le régime des biens dans le mariage est évidemment un statut réel, parce qu'il n'affecte que les biens et nullement la capacité des personnes, d'où la conséquence que le régime établi pour les biens situés dans le pays de l'étranger n'est pas un obstacle à ce que cet étranger soumette à un autre régime les biens qu'il a dans un autre pays ». Cette opinion résume celle de la Cour de cassation qui admet la compétence de

(1) Civ., 4 mars 1857, S., 1857.I.247 ; D.P., 1857.I.102 et en note à la *Revue*, 1921.111.

la loi d'autonomie sans expliquer pour quelles raisons, alors que « le régime des biens dans le mariage est évidemment un statut réel ».

Cet arrêt a été rendu à l'époque où la loi d'autonomie était le moins contestée, où elle ralliait tous les suffrages de la jurisprudence et la plupart de ceux de la doctrine et où elle avait l'audience la plus large dans les pays étrangers. On peut se demander dans quelle mesure cette limitation de son domaine ne contribuait pas à la rendre plus acceptable, car on tenait ainsi compte d'une façon quelque peu désordonnée et théoriquement peu heureuse du caractère complexe du régime matrimonial.

19. Alors que les textes sont rares en matière de conflits de lois, on aurait d'ailleurs pu disposer d'un support législatif en faveur de la réalité : l'article 3, alinéa 2, du Code civil soumet à la loi française tous les immeubles situés en France. Une certaine jurisprudence s'en est servie.

Ainsi un litige opposait une veuve américaine à ses enfants après la mort de son mari (1). La veuve se fondait sur le régime matrimonial virginien et sur le douaire qu'il institue pour être reconnue personnellement propriétaire de la moitié d'une maison située à Paris. Les enfants, prétendant le douaire de nature successorale, estimaient que leur mère ne pouvait en bénéficier sur l'immeuble français puisqu'en matière de succession immobilière la loi de situation est compétente. La Cour de Paris refusa de se prononcer sur la nature matrimoniale ou successorale du douaire et donna cependant compétence à la loi de la situation : « Considérant qu'aux termes de l'article 3 du Code civil, les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, étant régis par la loi française, la loi de l'Etat de Virginie n'a aucun pouvoir sur la maison sise à Paris, rue de la Chaussée d'Antin ; considérant que le Code civil n'ayant pas admis le douaire soit légal, soit conventionnel, il est inutile, dans le procès d'en rechercher le caractère ou les effets ;

— qu'il suffit de déclarer que, le douaire n'ayant pas cours en France, la veuve Lesieur ne peut en réclamer l'exercice sur un immeuble situé à Paris ».

Le 4 avril 1881 (2), la Chambre civile confirmait l'arrêt de la Cour de Paris, mais interprétait le douaire virginien comme constitutif d'une libéralité portant atteinte en l'espèce à la réserve. Pourtant, dans un premier « motif », elle usait d'une formule qui pouvait donner à penser qu'elle reprenait à son compte toute l'argumentation de la juridiction du fond : « Attendu que l'article 3 du Code civil, conforme aux anciens principes, soumet les immeubles situés en France, même ceux possédés par des étrangers, à la loi

(1) Paris, 6 mars 1879, D., 1881.I.382 ; S., 1883.65, note L. Renault.

(2) Civ., 4 avril 1881, D., 1881.I.381 ; S., 1883.65, note L. Renault ; *Clunet*, 1881.426 et 1882.87.

française, et que sa disposition embrasse dans sa généralité tous les droits réels qui sont réclamés sur ces immeubles ».

En fait, il ne faudrait attribuer ni à l'un ni à l'autre de ces arrêts un sens et une portée trop considérables. Ils ont eu à se prononcer sur le très difficile problème de partage de compétence entre loi successorale et loi matrimoniale (1) et leur solution ne vaut que dans ce cadre.

En l'espèce, devant le Tribunal de la Seine, la veuve Lesieur avait commencé par réclamer le bénéfice des dispositions de la communauté légale française. Le Tribunal avait alors rappelé que le régime matrimonial n'était pas soumis à la loi réelle. Si cette argumentation avait été maintenue à titre subsidiaire en appel, la Cour de Paris eût été prise dans un cercle vicieux : il était, en effet, difficile de soutenir à la fois que l'article 3 s'appliquait pour rejeter le douaire sans considération de sa nature successorale ou matrimoniale et qu'il ne s'appliquait plus pour rendre compétentes les règles françaises régissant le sort de l'immeuble, sous le prétexte de leur nature matrimoniale. La Cour de cassation, ayant vu dans le douaire une libéralité et l'ayant exclu par conséquent du régime matrimonial, aurait pu conserver sa solution, mais aurait dû corriger la généralité de son premier motif.

Un arrêt de la Cour d'appel d'Alger, quelque trente ans plus tard, s'y est laissé prendre (2). Selon cette décision, l'article 3, alinéa 2, devait régir les immeubles situés en France « qu'on les considère isolément ou en eux-mêmes ou comme dépendant d'une universalité juridique, par exemple, d'une succession ». En l'occurrence, elle faisait application de la loi de la situation non seulement à propos du régime successoral, mais également à propos du statut matrimonial.

20. A première vue, c'est là une juste appréciation des termes de l'article 3, alinéa 2. « La formule de l'article 3, alinéa 2, paraît devoir répondre à tout » (3). Rien dans la lettre du texte n'en restreint la portée, si ce n'est qu'il prévoit la compétence de la loi française sur les immeubles français et non la compétence de la loi de situation étrangère sur les immeubles étrangers. Mais tout l'article 3 ne traite que de la compétence de la loi française et la jurisprudence n'en a pas moins contruit sur cette base un vrai système réciproque de conflits de lois. Si doctrine et jurisprudence ont étendu le texte en ce sens, la majorité de la doctrine et de la jurisprudence se sont entendues pour limiter d'un autre côté la portée de l'alinéa 2, dont Bartin, par exemple, estime « la formule incontestablement trop générale » (4).

(1) Cf. *infra*, nos 257 et s.
(2) Alger, 9 février 1910, *Revue*, 1913.103.
(3) E. Bartin, *Principes*, t. II, § 301, p. 246.
(4) E. Bartin, *Principes*, t. II, p. 246.

On interprète déjà en ce sens un arrêt de la Chambre des requêtes du 28 juin 1810 (1). Mais la solution y est seulement implicitement contenue. Merlin abordait plus franchement le sujet : « ... La loi française doit céder à la loi étrangère ... quand la loi étrangère sous laquelle des contrats ont été passés par les étrangers possesseurs de ces immeubles, a été adoptée par les contractants et convertie par eux en pacte exprès. Alors, en effet, ce n'est pas comme loi qu'elle agit sur les immeubles, c'est seulement comme convention ». Et il ajoute que cette règle vaut aussi pour les conventions tacites et donc pour le régime matrimonial légal qu'il analyse comme tel : « ainsi, qu'un homme et une femme étrangers à la France, et domiciliés sous une loi qui n'admet pas de plein droit la communauté des conquêts immeubles se marient, en n'importe quel lieu, sans régler leurs droits nuptiaux par aucun acte, que, pendant le mariage, le mari acquierre des immeubles en France, et qu'il meure sans les avoir aliénés, la veuve ne pourra pas en réclamer la moitié, sur le fondement que la loi française rend de plein droit communs aux deux époux les immeubles qui sont achetés par le mari ... parce qu'en se mariant sans contrat, les époux sont censés s'en rapporter à la loi de leur domicile matrimonial et que par là il se forme entre eux une convention tacite qui a la même autorité qu'une convention expresse » (2).

En 1854, la Cour de cassation reprend cette idée (3) : « attendu, en droit, que la femme anglaise qui se marie sans contrat n'est point commune en biens ; que sa personne est absorbée par celle de son mari et qu'elle ne peut rien acquérir avec lui, que cette règle du mariage des époux Boyer les a suivis en France, lorsqu'ils sont venus s'y établir, et qu'ils y ont fait des acquisitions, qu'elle a la même force que si une convention formelle fut intervenue entre les époux pour gouverner leur fortune, qu'en respectant ce principe le jugement n'a pas violé l'article 3 du Code Napoléon ».

Cette explication lie l'exclusion de la compétence de l'article 3, alinéa 2, à l'adoption de la thèse qui considère le régime légal comme un contrat tacite. Ainsi, dans la mesure où l'on rejette cette thèse — et elle est très discutée, sinon tout à fait écartée — l'on est amené à reposer la question de la compétence de la *lex rei sitae* pour les immeubles en matière de régime matrimonial.

Laurent (4) et Weiss (5) conservent la même explication qui se retrouve encore dans les conclusions du substitut Brachet en 1924 à propos de *l'affaire Gould* (6). Le substitut Brachet, faisant le tour de la question, cite une abondante jurisprudence dans un sens et

(1) Req., 28 juin 1810, S. (3e vol.), Io, p. 207.
(2) P. A. Merlin, *Répertoire*, Vo *Loi*, § 6.
(3) Civ., 30 janvier 1854, S., 1854.I.268.
(4) F. Laurent, t. V, p. 426 et s., nos 198 et s.
(5) A. Weiss, t. III, p. 644 et s.
(6) Trib. civ. Versailles, 15 mai 1924, *Gaz. Pal.*, 1924.II.205, avec les conclusions du substitut Brachet.

dans l'autre et il donne Clunet pour favorable à l'applicatioù de l'article 3 en la matière.

21. Aujourd'hui, pourtant, ni les auteurs, ni la jurisprudence ne se préoccupent plus de la question. L'exclusion de la *lex rei sitae* semble aller de soi. Quelques décisions, cependant, écartent explicitement la *lex rei sitae* ; rares sont celles qui justifient l'exclusion et donnent une explication qui n'implique pas nécessairement l'idée de contrat tacite. C'est ainsi que le Tribunal de Meaux en 1928 déclare : « le législateur français n'a entendu soumettre les immeubles situés en France à la loi française que dans leurs rapports avec le droit public, et non imposer cette loi à tous les droits privés dont ils peuvent être l'objet ... La place qu'occupe cette disposition dans notre Code, à la suite de celle imposant les lois de police et de sûreté à tous ceux qui habitent le sol français, indique suffisamment que le législateur ne songeait en cet endroit qu'aux lois ayant une portée d'ordre public et non à celles n'ayant en vue que l'intérêt particulier de telle ou telle personne ; que la loi établissant le régime légal de la communauté à défaut de contrat de mariage n'a pas un caractère d'ordre public ; que notre législation consacre, en effet, le principe de la liberté des conventions matrimoniales » (1).

Cette théorie se trouve déjà en germe chez Weiss (2) qui prétend la reprendre de Portalis (3). De même, le substitut Brachet et à sa suite le Tribunal de Versailles avaient voulu réserver l'article 3, alinéa 2, au droit public. Néanmoins, l'explication est embarrassée et, en outre, peu précise. A moins que l'on ait une conception très extensive de la notion de droit public, il paraît évident que la portée de l'article 3 ne se limite pas au domaine de ce dernier : en effet, l'organisation de la propriété est généralement considérée comme une question de droit civil. Il est vrai cependant que les intérêts politiques exigent que la loi de l'Etat gouverne le territoire et les immeubles qui sont des parcelles de celui-ci.

Le jugement énonce alors que l'article 3 s'appliquera aux lois d'ordre public, et prétend opposer les règles d'intérêt particulier à celles d'intérêt général. Mais il n'y a pas de lois qui ne prétendent servir l'intérêt général. Faut-il voir dans cette distinction la classique opposition entre règles impératives et règles suppétives ? Une conclusion s'imposerait alors : la loi du régime ne gouvernerait que les règles supplétives. Cette conséquence était plus ou moins acceptée au XIX^e^ siècle, elle ne l'est plus aujourd'hui (4). De toute façon, la règle que l'on prétend tirer de cette opposition est démentie par le régime des successions qui reste soumis pour les immeubles à l'article 3, alinéa 2, même dans ses dispositions supplétives (5).

(1) Trib. civ. Meaux, 4 mai 1928, *Clunet*, 1928.1223. Cpr. Paris, 5 février 1887, *Clunet*, 1887.190.
(2) A. Weiss, t. III, p. 170 et s.
(3) Le texte de Portalis est cité par Merlin, *Réperloire*, V° *Loi*, § 6.
(4) Cf. *infra*, n^os^ 183 et s.
(5) Cf. *infra*, n^os^ 28 et s.

SECTION III

LES SYSTÈMES ÉTRANGERS

§. — Influence de la réalité

22. Dans les pays de la *common law*, le problème n'est pas posé de la même façon. Le système de la réalité y demeure en vigueur. On a évoqué à ce propos le traditionalisme britannique, mais celui-ci n'explique pas tout. Sous l'autorité de la *common law*, les relations pécuniaires des époux sont régies par des règles à caractère séparatiste : chacun des époux y conserve ses intérêts propres, il ne se produit en principe aucune fusion, à peine des interférences. Les époux sont mariés, mais non leurs biens. M. le doyen Savatier déclare que la séparation de biens « est moins un régime matrimonial qu'une absence de régime matrimonial » (1). Cette formule correspond beaucoup mieux à la séparation du type anglais qu'à celle du type français. M. Boulanger de son côté a écrit : *Le régime matrimonial* « en théorie pure n'est pas une conséquence nécessaire du mariage ; on pourrait concevoir un système juridique ne tenant aucun compte, pour ce qui concerne les droits et obligations de caractère patrimonial, de l'état de gens mariés » (2). Certes, il a bien fait de préciser qu'un tel système est seulement concevable « en théorie pure ». Néanmoins, le système anglo-saxon en est très proche. « Il n'existe pas en droit anglais un terme correspondant au terme français « régime matrimonial » comme il n'existe pas non plus un ensemble cohérent de dispositions régissant les rapports patrimoniaux entre les époux. Il n'y a qu'une multitude de règles de sources diverses » (3). « Dans les pays anglo-saxons, les lois qui sont intervenues ont pour seul objet de rendre à la femme la libre disposition de son patrimoine comme si elle était restée célibataire » (4). Dès lors, on comprend que la nécessité d'une loi du régime ne s'y fasse pas sentir et qu'il soit facilement admis que des règles qui ne forment pas un ensemble soient soumises à des lois différentes.

On objecte qu'il est faux de vouloir lier dans l'exemple anglais, la règle de conflit à la conception interne des relations pécuniaires entre époux puisque le système séparatiste n'a été adopté en Angleterre que vers la fin du XIX^e^ siècle, bien après le système réaliste qui remonte à la féodalité. Mais la conception antérieure corres-

(1) R. Savatier, *Le Droit, l'Amour et la Liberté*, p. 104. A. Pillet avait utilisé la même formule (« Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Clunet*, 1896.21 et s.) : « Il y a entre eux séparation de biens, ce qui est moins un régime que l'absence de tout régime ».

(2) Planiol, Ripert et Boulanger, t. VIII, n° 2.

(3) M. Lefebure et C. J. Hamson, in *Institut de droit comparé, Le régime matrimonial légal*, p. 37.

(4) A. Rouast, *idem.*, p. 17.

pondait encore mieux à une absence de régime puisque la femme n'y avait aucun droit et que le mari devenait seul titulaire du patrimoine du ménage.

23. En Autriche, selon M. Roberto Socini, une certaine jurisprudence consacrerait le système de la réalité (1). Or en droit interne autrichien, les époux qui n'ont pas établi de contrat de mariage sont également soumis à un régime de séparation de biens (2).

Le rapport entre la réalité et un régime légal de séparation de biens n'est pourtant nullement nécessaire. D'une part, il existe de nombreux pays qui ont adopté la séparation de biens sans pour autant consacrer la réalité des relations pécuniaires (3). D'autre part, le Code civil argentin du 29 septembre 1869, articles 162 et 163, a opté pour la réalité, alors que le régime légal argentin est largement communautaire. De même, la communauté est le régime légal de certains Etats américains (4).

On pourrait être tenté de considérer l'article 28 de la loi introductive du Code civil allemand comme une concession faite à la réalité (5). Non que le système de la réalité y soit adopté, c'est au contraire un système personnaliste qui est consacré par l'article 15, alinéa 1er. Pourtant l'application de ce texte est mise en échec lorsque l'Etat où sont situés des biens les soumet à un statut particulier. Raape donne l'exemple suivant : des époux allemands sont domiciliés dans l'Ohio. La femme a hérité d'un immeuble situé dans cet Etat américain. Le juge allemand déclarera que la loi allemande régit l'ensemble de leur régime matrimonial. Mais il fera exception pour l'immeuble auquel il appliquera la loi de l'Ohio. Le principe allemand de rattachement à la loi nationale ne cède pas au principe américain de rattachement des meubles à la loi du domicile, il ne cède que devant la *lex rei sitae* (6).

(1) *Notariat Latin*, p. 718 et 722. Cette solution n'est nullement assurée. La doctrine autrichienne incline pour la loi nationale du mari à l'époque du mariage. Cf., par exemple, Dr. Hans Köhler, *Internationales Privatrecht*, 1962, p. 72.

(2) Dr. Michael Schwimann, in *Institut de droit comparé, Le régime légal*, p. 58.

(3) L'Italie, par exemple.

(4) Louisiane et Californie, par exemple. Pour la Louisiane, cf. J. H. Tucker, in *Institut de droit comparé, Le régime légal*, p. 157. V° L'énumération complète des Etats in *J. Cl. Dr. comp.*, Etats-Unis d'Amérique, n° 79.

(5) L'article 17 de la loi tchécoslovaque du 11 mars 1948 contient une disposition analogue : « Si la loi de l'Etat sur le territoire duquel des immeubles sont situés, soumet les choses à la législation de leur situation, la législation ainsi définie s'appliquera quant à ces choses ». Cf., de même, l'article 16 de la loi polonaise du 2 août 1926 sur le Droit International Privé. Cf. A. N. Makarov, *Quellen des Internationalen Privatrechts*, t. I, La Tchécoslovaquie, p. 7 ; La Pologne, p. 11.

(6) L. Raape, *Internationales Privatrechts*, 3e éd., p. 334. De nombreuses législations, prévoyant la compétence de la loi personnelle, font une réserve pour les immeubles : Espagne : article 1329 Code civil ; Portugal : article 1107 Code civil ; Cuba : article 1325 du Code civil de 1888 ; Siam : article 22 de la loi

Mais l'article 28 ne vise pas seulement les immeubles, il concerne la distinction faite par le droit international privé allemand entre statut général et statut particulier. Chaque objet est soumis à la *lex rei sitae* en principe. Des biens cependant peuvent être groupés en un ensemble, tel qu'en forment, par exemple, une succession ou le régime matrimonial. Le droit allemand reconnaît alors sur tous ces biens la compétence d'une loi unique, loi successorale ou loi du régime. Il y met une condition pourtant : les législations gouvernant chaque objet en particulier doivent accepter cette appartenance à un ensemble et reconnaître l'unité des biens. A défaut, pour l'objet concerné, le statut général doit s'effacer devant le statut particulier (1).

§ 2. — Le système anglo-saxon (2)

24. L'influence actuelle de la réalité dépasse donc quelque peu le cadre des pays anglo-saxons. Néanmoins, en Autriche, la solution n'est rien moins que sûre et, en Allemagne, il ne s'agit que d'une concession faite à la réalité à l'intérieur d'un système très différent.

Laurent prétendait, dès 1880, que : « la résistance de la *common law* serait vaine ». C'est l'« esprit féodal qui est le vrai adversaire de notre science au sein de la race anglo-saxonne ; mais la féodalité aussi disparaîtra ; la civilisation moderne a entamé le vieux chêne, il tombera. Alors, la résistance cessera, parce qu'elle n'aura plus de raison d'être. Que dis-je ? Les Anglais sont la plus personnelle des races ; c'est par opposition à leur génie qu'ils sont devenus réalistes en droit ; quoique la féodalité ait des racines séculaires dans le sol anglais, l'esprit national est encore plus fort, car les nations sont de Dieu et la féodalité n'est qu'une forme transitoire dans le développement de l'humanité » (3). De telles assertions, outre qu'elles témoignent de l'absence totale de scepticisme et de sentiment de la relativité, qui est la marque d'un certain « esprit scientique » du XIX^e^ siècle, démontrent, si besoin en était, qu'il ne faut pas trop vite écarter la réalité et justifie que l'on s'attarde quelque peu au système de la *common law*.

du 10 mars 1939. Mais la réserve est interprétée restrictivement et l'on distingue ce qui appartient à l'organisation foncière de ce qui appartient au régime matrimonial. Cf., de même, l'article 12 du projet de règlement international élaboré par l'Institut de Droit International (session de Lausanne du 5 septembre 1888) : « Le régime des biens des époux embrasse tous les biens des époux, tant mobiliers qu'immobiliers, sauf les immeubles qui sont régis par une loi spéciale ».

(1) Cf. Dieter Reichard, *Le principe d'efficacité en droit international privé comparé*, thèse, 1966, n^os^ 314 et s.

(2) G. C. Cheshire, « The English Private International Law of Husband and Wife, *Recueil*, n° 108, 1963.I., p. 129 et s. Pour les Etats-Unis, cf. *Exposé du droit international privé américain présenté en forme de Code par l'American Law Institute* (*Restatement on the Law of Conflict of Laws*), art. 237, 238, 289 à 293.

(3) F. Laurent, t. V, p. 393.

25. Il faut préciser d'abord que ce système, comme en Argentine d'ailleurs (1), ne s'applique qu'en l'absence de contrat de mariage, ce dernier étant gouverné, sauf si les époux ont expressément ou implicitement manifesté une volonté différente, par la loi du domicile du mari (2). Mais reste à savoir ce que l'on entend par contrat de mariage : en 1900, dans *l'affaire de Nicols c/ Curlier*, la Chambre des Lords a retenu la compétence de la loi du contrat, sous prétexte que la communauté légale française est considérée en France comme un contrat tacite (3). Il s'agissait en l'occurrence de deux époux mariés sans contrat en France et domiciliés dans ce pays pendant les premières années de leur mariage Plus tard, ils s'étaient installés à Londres où le mari devait décéder. La femme ayant réclamé les avantages de la communauté légale française et les héritiers invoquant la séparation de biens de la *common law*, les juges décidèrent que la question, tant pour les meubles que pour les immeubles, devait être réglée comme si les articles 1401 et 1496 du Code civil français avaient été adoptés par les époux dans un contrat de mariage formel.

Westlake notait déjà que cet arrêt faisait une exacte application de la théorie de Dumoulin et qu'il était tout à fait infidèle aux principes de d'Argentré. Un arrêt de la Haute-Cour de justice avait peu de temps auparavant adopté purement et simplement la théorie de l'autonomie de la volonté (4). Selon un arrêt beaucoup plus récent (5), une exception doit être faite à la réalité « s'il résulte d'un contrat exprès ou des faits de la cause que les parties ont entendu qu'un autre système législatif soit applicable ». Cette formule paraît elle aussi consacrer une certaine autonomie de la volonté. Mais contrairement au système français, cette autonomie n'implique nullement l'indivisibilité du régime. Elle ne contribue, au contraire, qu'à la division : les époux, en effet, dans cette conception, ne choisissent pas un régime, mais ils se réfèrent pour certains rapports pécuniaires à des lois particulières.

(1) Article 1220 du Code civil argentin.

(2) Cf. cependant le *Restatement*, article 238, Commentaires : « ... *b*) *Contrat de mariage*. En ce qui concerne les biens fonciers, la validité d'un contrat de mariage est appréciée selon les règles établies à l'article 332, mais ses effets sur les droits réels immobiliers des époux dépendent de la loi de la situation ».

Article 289, commentaires : «...*c*)... (la validité du contrat de mariage) dépend de la loi du lieu de sa conclusion. L'effet d'un contrat de mariage valable sur le régime juridique d'un meuble corporel est déterminé par la loi de la situation du bien ».

(3) F. Rigaux, *La théorie des qualifications*, p. 21, n° 143 et J. Westlake, p. 96.

(4) Haute-Cour de justice 5 août 1899 (*Loustalan c. Loustalan*), *Clunet*, 1902.380.

(5) Haute-Cour de justice 6 juin 1956 (*Lloyd's Ltd. c. Egerton*), *Revue*, 1957.78, note J.H.C. Morris et H. Batiffol ; *Clunet*, 1961.1153, note K. Lipstein. Dans un sens plus restrictif : *Judicial Committee of the Privy Council*, 21 mars 1960 (*Callwood c. Callwood*), *Clunet*, 1963.424, Chronique de K. Lipstein.

Les cours américaines se montrent beaucoup moins libérales et restreignent le rôle de la volonté à la moindre part. Elles se refusent à accorder un effet extra-territorial au contrat de mariage si cet effet n'a pas été expressément prévu. Or elles manifestent une tendance nette à la sévérité dans l'interprétation (1). Il ne saurait donc être question aux Etats-Unis de conventions tacites et de volonté implicite.

26. En dehors de cette différence de vue sur l'existence et la portée des contrats, les pays de *common law* s'accordent pour soumettre en l'absence de contrat les immeubles à la *lex situs* : c'est le principe élémentaire de tout système réaliste. Pour les meubles, le domicile matrimonial tient lieu par fiction de *situs*. Mais que faut-il entendre par domicile matrimonial ? En Grande-Bretagne, il est communément admis que c'est le domicile du mari à l'époque du mariage qu'il faut prendre en considération (2). « Mais, selon Westlake, il est possible, par exception de considérer comme tel celui qui aurait été acquis immédiatement après le mariage en exécution d'un accord préalablement intervenu à ce sujet » (3). Ce domicile choisi est celui que préconisaient également Story et de nos jours Cheshire (4).

Aux Etats-Unis, la loi de ce domicile matrimonial initial ne régit que les meubles acquis avant le mariage. La *lex situs*, redevient compétente en ce qui concerne les meubles acquis après le mariage (5). Cette dernière règle est pourtant contestée et certains auteurs lui préfèrent la loi du domicile au jour de l'acquisition du meuble, selon la solution du Code civil argentin (6), qui, dans l'hypothèse où le domicile ne change pas, soumet cependant les meubles à la loi du lieu de célébration du mariage (7), considéré comme premier domicile. Une abondante jurisprudence américaine opte pour la loi du domicile au moment de l'acquisition du bien (8).

(1) Cf. *Decoudre c. Savetier* ; 3 Johns. Ch. 190 (New York, 1817) cité par M. Georges R. Delaume, *American-french private international Law*, 1961, 2e édit., p. 131. Cf. également : E. G. Lorenzen, « Droit international privé des Etats-Unis » in *Répertoire*, T. 6.

(2) De même aux Etats-Unis, cf. l'article 289 du *Restatement*.

(3) J. Westlake, p. 96. Cf. des décisions en ce sens : *Allen c. Allen* 6 R (1853) ; *Routh, Walker c. Duverger* 9 R 224 4 A 569 (1843) au *Clunet*, 1875.131 sous le n° 4 (Jurisprudence de la Louisiane).

(4) Story, *Conflict of Laws*, sect. 384.

G. C. Cheshire, *Private International Law*, 5e édit. 1957, p. 501 et s. Cf. également sur ce point : les délibérations du juge Roxburgh dans l'affaire *Lloyd's Ltd v. Egerton* (*Revue*, 1957. 78 et s.) *Contra* : la note de M. Morris.

(5) *Restatement*, art. 290 ; J. H. Beale, « Les principes directeurs de la doctrine du conflit des lois », *Revue*, 1937.401 et s. ; P. Wigny, *Le Droit international Privé américain*, p. 109, note 3.

(6) Article 162, alinéa 2.

(7) Article 162, alinéa 1.

(8) *Matter of Majot* 199 N.Y. 29, 92 N.E. 402 (1910 cité par J. Delaume, *Bilateral Studies American-French*, p. 129) ; *Gale c. Davis* 4 M 646 (1817) ; *Penny c. Watson* 4 R 165 (1843) ; *Hayden c. Nutt* 4 A 65 ; *Saul c. ses créanciers* 17 M 56 J cités au *Clunet*, 1875.131, Jurisprudence de la Louisiane, n° 5.

Selon « une conception itinérante des régimes matrimoniaux » (1) que l'on rencontre tant aux Etats-Unis qu'en Grande-Bretagne, la loi compétente change en même temps que le domicile. La loi nouvelle remplace alors l'ancienne pour gouverner non seulement les meubles acquis lors de la nouvelle domiciliation, mais également ceux acquis auparavant. Westlake estime que les auteurs qui préconisent cette solution sont partisans du statut personnel alors que ceux pour qui la loi du premier domicile doit rester compétente seraient partisans de l'autonomie de la volonté (2). On peut certes s'étonner de voir considérer comme favorables à la personnalité ou à l'autonomie des auteurs qui donnent sans le renier leur interprétation d'un système réaliste. On peut aussi y voir une confirmation de l'idée qu'une synthèse des systèmes doit être recherchée et qu'aucun système ne peut être appliqué à l'état pur.

27. Quoiqu'il en soit, outre les complications dues à ces divergences d'interprétation, le système de la réalité présente l'inconvénient d'impliquer une scission possible du régime. Selon la notion de domicile retenue, cette scission s'étendra aux meubles. Même les auteurs anglo-saxons regrettent parfois cette conséquence. Westlake écrivait : « Je crois que l'unité du régime matrimonial correspond mieux à l'intention des parties, qui en ne rédigeant pas de convention expresse montrent qu'elles ne veulent pas d'arrangements compliqués et inusités » (3). M. Lipstein de son côté regrette la confusion résultant de l'application pratique du système réaliste (4).

Il faut cependant remarquer que le système de conflits de lois a pour rôle premier aux Etats-Unis d'assurer les relations entre Etats fédérés. Or les législations de ces Etats reposent sur un fonds commun et ne varient, sauf exceptions (5), que dans les détails. Dès lors, distribuer un même régime entre plusieurs lois aboutira moins souvent à le dépareiller. Pour les tiers, cependant, il est indispensable de savoir quelle loi s'applique, car ces variations de détails qui ne compromettent généralement pas l'équilibre du régime pourraient les surprendre, d'autant que l'on passe avec une extrême facilité d'un Etat à l'autre et que les tiers ne sont pas nécessairement avertis de la provenance du ménage. Qu'il vienne, en effet, du Minnesota ou de l'Ohio, un Américain est d'abord, malgré les particularismes des Etats, un Américain. Etant donné les conditions,

(1) L'expression est de M. Kurt Lipstein, commentaire de l'*arrêt Egerton*, *Revue*, 1961.1155, n° 6.

(2) J. Westlake, p. 96.

(3) J. Westlake, p. 96.

(4) K. Lipstein, *Revue*, 1961.1155.

(5) La Louisiane, la Californie, l'Arizona, l'Idaho, le Nevada, le New-Mexico, le Texas, l'Etat de Washington, contrairement à la *Common Law*, soumettent les époux au régime de la communauté des biens. Cf. Me R. Benoist, *Congrès des Notaires*, p. 467.

le système de la réalité convient certainement à la sécurité des relations juridiques. Cette raison joue évidemment un moindre rôle au sein du Commonwealth, mais elle n'y est pas non plus étrangère.

D'autre part, ainsi que le notait de Boeck : « Aux Etats-Unis, ce grand courant d'immigration qui y apporte chaque année des milliers d'habitants, est venu prêter un appui inattendu à l'idée fédérale. On a voulu sauver au moins ce sol contre l'invasion des races, et on a imposé un régime légal uniforme aux immeubles de chaque Etat nord-américain » (1).

SECTION IV

LE RÉGIME MATRIMONIAL ET LE RÉGIME SUCCESSORAL

28. Une autre raison semble militer en faveur du système de la réalité et vaudrait également en France. En effet, en France comme dans les pays anglo-saxons, le système de la réalité gouverne les successions. Or « il y a un lien manifeste entre les régimes matrimoniaux et les successions : ces deux institutions touchent à ce qu'on peut appeler le patrimoine familial ; ce patrimoine se constitue au moment du mariage par le contrat de mariage et par les régimes matrimoniaux ; il se transmet au décès par voie de succession. La réglementation des régimes matrimoniaux et des successions comporte inéluctablement de nombreux points d'interférence » (2). M. Claude Renard attire l'attention sur « l'unité sociologique des problèmes » (3). Quand le mariage est dissous par la mort d'un époux, le régime matrimonial finit et doit être liquidé en même temps que s'ouvre la succession du défunt. La composition de cette succession dépendra du régime matrimonial auquel auront été soumis les époux.

« Nulle part ailleurs peut-être que dans l'organisation des droits du conjoint survivant n'apparaît mieux le lien entre les deux institutions, car elles affectent ensemble la situation du conjoint » (4). Or les législations, selon le régime matrimonial qu'elles ont prévu, accordent au conjoint survivant des droits successoraux plus ou moins importants. M. Rouast note que « les législations séparatistes de type anglo-saxon se préoccupent de la situation du conjoint à la dissolution du mariage, soit par des dispositions d'ordre alimentaire, soit même en cas de décès par un important droit de succession » (5). Par le jeu combiné de deux lois différentes, l'une

(1) Ch. de Boeck, note sous Trib. civ. Seine, 5 avril 1887, D.P., 1888.II.265.
(2) A. Weill, note sous civ., 23 décembre 1954, *Revue*, 1956.671.
(3) Cl. Renard, *Le régime matrimonial de droit commun*, p. 39 et s. Cf. également F. Rigaux, *La théorie des qualifications*, nos 251 et s.
(4) A. Weill, note précitée.
(5) A. Rouast, in *Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Le régime matrimonial légal*, p. 15.

compétente en ce qui concerne le régime matrimonial et l'autre pour le régime successoral, on risque de favoriser à l'excès ou, au contraire, de défavoriser le conjoint survivant : un régime de séparation de biens peu avantageux pour la femme (1) risque de ne pas être compensé par un droit de succession trop peu important. Ou bien à un régime de communauté qui aura déjà favorisé la veuve viendra s'ajouter un important droit de succession. M. Rigaux a été frappé par ce danger : « Dans les ordres juridiques où le régime légal est la séparation de biens, il est attribué à l'époux survivant un droit successoral beaucoup plus important, puisque ce droit successoral permet à l'épouse de prendre sa part dans les acquisitions du ménage auxquelles l'épouse commune en biens participe de plein droit », et il donne pour exemple la combinaison de la séparation de biens du Massachussets avec la loi successorale californienne, combinaison qui aboutit à frustrer totalement la veuve (2).

29. On peut donc affirmer que dans une législation le régime matrimonial et le régime successoral sont organisés de façon complémentaire. Sur le plan du droit international privé, on peut en tirer la conséquence que la même règle devrait gouverner les deux matières de sorte qu'elles soient toujours soumises à un même ordre législatif (3). Cependant, une objection se présente : l'équilibre assuré entre les avantages matrimoniaux et les avantages successoraux est de toute façon compromis chaque fois que les époux, par un contrat de mariage, ont écarté le régime matrimonial de droit commun. A un degré moindre, il peut encore être compromis quand le défunt a fait un testament qui déroge à l'ordre légal de la succession. Mais dans ce dernier cas, la liberté restreinte dont dispose le testateur ne sera pas toujours suffisante pour qu'elle permette d'aboutir à un déséquilibre important. Lorsque le déséquilibre provient d'un contrat de mariage, il faut répondre que les conjoints ont pris leurs responsabilités et qu'il leur appartenait de mieux régler leurs intérêts. D'ailleurs une minorité seulement de futurs conjoints font un contrat de mariage et on ne peut leur assimiler ceux qui confient leurs intérêts à la prévoyance de la loi.

30. Il est intéressant de constater que, dans les pays où l'on admet la scission du régime matrimonial, on lie les deux institutions. Il faut remarquer à cet égard que nulle part autant que dans le

(1) « Il sera permis, en terminant, d'observer qu'une fois de plus c'était la femme qui réclamait le régime français de la communauté. Cette situation s'observe avec constance : le féminisme veut la séparation de biens pendant le mariage pour l'indépendance de la femme, mais les femmes veulent la communauté à la dissolution pour des raisons trop évidentes » écrit M. Batiffol à la fin de la note qu'il consacre à *L'arrêt Daim*, Civ., 7 novembre 1961, *Revue*, 1962-687.

(2) F. Rigaux, *La théorie des qualifications*, p. 375, n° 252.

(3) Cf. E. Bartin à la Société d'Etudes législatives (séance du 10 décembre 1908), compte-rendu par L. Crémieu, *Soc. Et. législ.*, 1909.83 — A. Pillet, « Essai d'un système général des conflits de lois », *Clunet*, 1896.22.

droit interne des pays anglo-saxons, successions et statut pécuniaire des époux ne sont étroitement unis. Cette union a d'ailleurs suscité quelques problèmes de qualification particulièrement embarrassants pour les juridictions françaises (1). Comme certaines règles présentent un caractère incontestablement mixte, aucune solution satisfaisante ne pouvait parfois être donnée (2). Il en est ainsi de règles américaines qui donnent à la veuve le choix entre ses avantages matrimoniaux et des avantages successoraux. Il est évident que pour un tribunal anglais ou américain de tels problèmes sont sans signification pratique ; il leur importe peu de savoir si une telle règle doit être qualifiée de successorale ou de matrimoniale puisque la loi applicable dans les deux hypothèses reste la même.

31. Mais si la compétence d'une loi unique paraît souhaitable, pourquoi la loi successorale devrait-elle prévaloir ? Au lieu de soumettre le régime matrimonial au système de la réalité, ne conviendrait-il pas plutôt d'y soustraire les successions (3) ? En effet, ce système, s'il permet de lier sur le plan du droit international privé deux institutions conformément à leur destin en droit interne, aboutit aussi à une scission du régime matrimonial qui heurte notre conception de l'indivisibilité. L'opération ne consisterait pas à unir, mais à découper différemment. Un arrêt de la Chambre civile, en 1954, a préféré dans ces conditions soumettre les droits successoraux d'une veuve à la loi qui gouvernait le régime matrimonial (4). C'est « à bon droit, est-il dit, que la Cour d'appel a estimé qu'on ne saurait en même temps reconnaître à la dame Diaye sa qualité de citoyenne française mariée habile à poursuivre le partage de la communauté, et lui refuser la vocation de veuve usufruitière, née de cette même qualité ». Il est vrai qu'il ne s'agissait pas d'un conflit international mais d'un conflit interpersonnel : il fallait en l'espèce choisir entre le statut civil français et le statut local camerounais, la cause réunissant des personnes de statuts différents qui prétendaient chacune à l'application du sien. Il n'en demeure pas moins que cet arrêt démontre que le désir d'unifier ne joue pas nécessairement en faveur de la loi successorale.

(1) Cf. Civ., 16 août 1869, S., 1869.I.417 ; Trib. civ. Seine, 24 août 1877 et Civ., 4 avril 1881, S., 1883.I.65, note L. Renault.

(2) *Infra*, nos 257 et s.

(3) H. Batiffol, « Réflexions sur la loi applicable aux successions », *Festgabe für A.N. Makarov*, p. 793 : « ... ses défauts ne sont que trop certains. Le plus saillant est la pluralité des lois applicables : la succession forme un ensemble qui appelle une loi unique ».

(4) Civ., 23 décembre 1954, *Revue*, 1956.671, note A. Weill.

CHAPITRE II

LA LOI DES ÉPOUX

SYSTÈMES PERSONNALISTES

SECTION I

HISTORIQUE

§ 1. — La notion de contrat tacite, argument en faveur de la loi personnelle ; le système de Dumoulin (1)

33. C'est à Dumoulin que revient le mérite d'avoir imposé le principe de l'indivisibilité du régime matrimonial dans la solution du conflit de coutumes ou de lois (2). Ce principe lui fait rejeter le système de la réalité et constitue la pierre angulaire de sa propre théorie.

Les plus grands éloges ont été, de façon générale, décernés à Dumoulin : « illustre avocat » (3) ; « un des plus grands jurisconsultes de France » (4) ; « une des plus grandes figures de jurisconsulte, si grande que nous n'en connaissons aucune qui l'ait été davantage dans les temps modernes » (5) ; « le plus grand de nos auteurs coutumiers » (6) ; « l'oracle du droit coutumier » (7). Mais dès que l'on aborde sa théorie sur la *famosissima quaestio*, au concert de louanges (8) se mêlent des cris discordants. D'Argentré qui le tenait

(1) Sur Dumoulin, cf. F. Gamillscheg, *Der Einfluss Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts.*

(2) Ce point est cependant contesté par M. Valladão (*Recueil*, n° 105, 1962.I. 79). Selon cet auteur, bien avant le XVI^e siècle, « le principe généralisé pour le régime matrimonial était celui de la loi du domicile sans considérer la situation des biens ».

(3) J. P. Niboyet, *Traité*, t. V, p. 404.

(4) A. Lainé, *Introduction*, t. I, p. 223.

(5) A. Rodière, *Les grands jurisconsultes*, p. 274 et s.

(6) A. Weiss, *Traité*, t. III, p. 21.

(7) F. Laurent, t. V, n° 186.

(8) J. Bouhier, « Les anciens interprètes n'avaient fait, pour ainsi dire, que bégayer sur cet article jusqu'à M^e Charles du Molin », chap. 13, § 2, p. 654.

pourtant en grande estime se montre nettement discourtois (1). « Se laissant emporter plus que de raison à la chaleur de la dispute, il insulte Dumoulin » (2). Il lance l'idée dont la réputation de Dumoulin demeurera toujours entachée, selon laquelle celui-ci n'aurait pas vraiment cru à sa théorie, mais aurait usé d'un mauvais argument pour avocat un peu trop habile. Il laisse entendre que, si Dumoulin avait eu à défendre la femme plutôt que le mari, sa théorie n'aurait sans doute jamais vu le jour. Niboyet plus tard parlera de « bon tour », de « subterfuge » et de « supercherie » (3) ; M. Delaume « d'un véritable défi au bon sens », de « pur artifice, pure invention » (4) ; Tison de son côté dira : « Dumoulin agissait en praticien pour qui la fin justifiait les moyens » (5). Dans une formule un peu plus prudente, M. Caleb exprime la même idée : « il ne semble pas téméraire de penser que Dumoulin s'est avant tout efforcé à fournir une solution qui donne satisfaction à ses clients et alors la fin justifie peut-être les moyens » (6). « Cette opinion a été tout à fait occasionnelle », déclare Pillet devant la Société d'études législatives (7) et M. Batiffol lui-même écrit : « Le règlement français est resté attaché à une solution formulée assez accidentellement il y a quatre siècles » (8).

33. Pourtant, si Dumoulin a pour la première fois formulé sa théorie à propos de *l'affaire de Ganay*, il l'a reprise plus tard de façon moins circonstancielle dans ses notes sur le Consilium 100, L. III d'Alexandre (9). Mais, décriée par quelques-uns, elle a, en outre, été très souvent mal interprétée tant par ses adversaires que par ses partisans.

On a reconnu en Dumoulin le père de la loi d'autonomie (10). Or, en assimilant la communauté coutumière à une convention tacite, il donnait certes la base sur laquelle plus tard on fondera

(1) B. D'Argentré, glose 6.

(2) F. Laurent, t. I, p. 389 n° 275.

(3) J. P. Niboyet, *Traité*, 1948, t. V, p. 403 et 398. — « La théorie de l'autonomie de la volonté », *Recueil*, n° 16, 1927.I.10.

(4) G. Delaume, p. 260.

(5) Tison, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit*. G. Droz, parle d'un « mauvais moyen d'avocat » (« Observations sur quelques problèmes de conflits de lois », *J. Nat.*, 1961, p. 81).

(6) M. Caleb, thèse, p. 136,

(7) *Soc. d'Et. législ.* 1909, Question 19, p. 450.

(8) H. Batiffol, in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, p. 125.

(9) Cf. M. Caleb, thèse, p. 138 et réf.

(10) Selon F. Laurent, t. I, n° 237, Dumoulin aurait eu des précurseurs : « Pierre de Belle-Perche (Perticanus), belge de naissance, soutint que le statut de communauté était personnel, parce qu'il concernait un acte de la personne, c'est-à-dire un acte de volonté, d'où résultait une convention. C'était le vrai motif de décider. Il entraîna d'autres glossateurs, Balde, Philippe Decius et Louis Romanus ».

ce système (1). Mais lui-même sur cette base fondait un système personnaliste. En effet, reconnaître un rôle à la volonté ne revient nullement à consacrer la loi d'autonomie. La meilleure preuve en est que les partisans de la réalité eux-mêmes reconnaissent que la volonté a un rôle à jouer (2). Il ne faut pas oublier que Dumoulin raisonne dans le cadre de la théorie des statuts : ayant repoussé l'idée de statut réel, il ne pouvait que ranger le régime matrimonial parmi les statuts personnels. Certes, de façon plus nuancée, les jurisconsultes estimaient qu'il s'agissait plutôt d'un statut mixte. Mais « la qualité de mixte n'est d'aucun usage pour la décision des questions qui concernent la réalité ou la personnalité des statuts ; car comme le statut mixte tient de la nature des uns et des autres, il faudrait qu'il pût en même temps passer les bornes de son territoire et être restreint dans ces mêmes bornes. Or cela n'étant pas possible, il a été nécessaire que les jurisconsultes rangeassent ces sortes de statuts dans la classe des personnels, ou dans celle des réels » (3).

L'idée de volonté sert précisément à Dumoulin pour faire pencher la balance du côté des statuts personnels (4). Son argumentation pourra être utilisée dans une direction toute différente, mais seulement lorsqu'on aura dépassé la théorie des statuts.

34. A l'époque de Dumoulin, il était admis généralement que la volonté individuelle avait un pouvoir extra-territorial. D'Argentré lui-même ne le niait pas (5). Le contrat de mariage ne voyait pas ses effets limités par les frontières du ressort de la coutume sous l'autorité de laquelle il avait vu le jour. Pour Dumoulin, faire admettre une assimilation entre régime conventionnel et régime coutumier permettait donc de soustraire ce dernier au statut réel et d'imposer ainsi son indivisibilité (6). Car « l'effet qui constitue la différence essentielle entre les statuts réels et les personnels, consiste en ce que les premiers se renferment dans leur territoire, au lieu que les personnels ont leur exécution au-delà même de leurs limites ... Quand (les auteurs) se donnent tant de peine pour savoir si un statut est personnel ou réel, ce n'est que pour reconnaître s'il doit être restreint ou non dans ses limites » (7). Dumoulin et Pothier

(1) Selon M. Carbonnier (thèse, p. 502), Dumoulin n'aurait peut-être pas considéré « que la communauté coutumière constitue en soi un contrat tacite doté d'une existence autonome, mais simplement une clause tacite dépendant d'un contrat principal, qui ne serait autre que le mariage lui-même ».

(2) Cf., par exemple, H Basnage.

(3) J. Bouhier, chap. XXIII, § 1.

(4) Selon Gamillscheg (*op. cit.*, p. 113), l'idée de consentement tacite a souvent servi pour justifier toutes sortes de rattachement, notamment à Rochus Curtius, Renusson, Peck, P. Voët.

(5) B. D'Argentré, glose 6, § 14 à 27.

(6) Cf. F. Surville, *Cours* n° 357.

(1) J. Bouhier, chap. XIII, § 30, p. 657.

« ne se sont servis de l'idée de contrat tacite que comme d'un moyen technique pour assurer l'unité du régime matrimonial » (1). M. Carbonnier fait remarquer à ce propos qu'à l'époque où Dumoulin formule sa théorie, le mariage lui-même est considéré comme un contrat et même comme un pur contrat consensuel susceptible de se conclure *facto* ou *silentio* (2). Dès lors, si le régime matrimonial résulte d'un contrat, il est lui aussi de nature contractuelle.

Le jurisconsulte du XVI^e^ siècle défend l'idée, pleine de bon sens mais qui reste encore très méconnue aujourd'hui, selon laquelle un régime matrimonial qu'il soit conventionnel ou légal est d'abord un régime matrimonial. Cette idée doit avoir pour conséquence la soumission à une même règle de rattachement du régime conventionnel ou légal. Or le statut personnel convient mieux que le statut réel puisqu'il respecte une autre conséquence de la même idée : le régime forme un tout. Il faut s'en remettre à la loi susceptible de gouverner ce tout, plutôt qu'aux lois qui régissent les biens qui composent le patrimoine du ménage. A l'époque de Dumoulin, le statut réel est la règle et le statut personnel l'exception. L'idée de convention tacite seule est assez forte pour permettre de transférer le régime matrimonial coutumier du statut réel au statut personnel.

« Le petit entrechat de la volonté tacite » (3) allait provoquer des malentendus dont notre système souffre aujourd'hui encore. Mais pour la plupart des auteurs d'ancien régime, l'idée de contrat tacite ne peut mener qu'au personnalisme : « tout statut qui est fondé sur une convention tacite et présumée des contractants est personnel » (4). C'est pourquoi les partisans de la réalité repoussent l'idée de contrat tacite, tout en reconnaissant parfois que la soumission à la coutume est volontaire de la part des époux qui se sont mariés sans contrat. Mais cette soumission implique que l'on prenne les coutumes telles qu'elles sont. Or elles sont réelles. Selon que l'on franchit ou non la marge somme toute réduite entre la notion de soumission volontaire et celle de contrat tacite, on se prononce pour le statut personnel ou pour le statut réel. Les jurisconsultes auront beau jeu de se reprocher mutuellement une subtilité excessive.

§ 2. — Boullenois et « l'état de gens mariés »

35. En même temps que les partisans de la personnalité reprennent l'argumentation de Dumoulin (5), d'autres tendances se mani-

(1) Planiol et Ripert, t. VIII, p. 12.
(2) J. Carbonnier, thèse, p. 503.
(3) J. P. Niboyet, t. V, p. 403.
(4) J. Bouhier, chap. XXIII, règle 2 ; cf. aussi chap. XXVI, n^os^ 1 et 2.
(5) J.N. Hertius, N. Burgoigne, L. Huber (*Traité de conflictu legum, livre* 1, t. III), Rodenburgh (*De jure quod oritur ex statutorum vel consuetu-*

festent peu à peu. Si Pothier, par exemple, fait une simple paraphrase du *Consilium L III* (1), Bouhier non moins fidèle, apporte cependant un argument nouveau lorsqu'il affirme que le principe de la réalité des coutumes est devenu désuet : « Toutes nos provinces étant réduites sous l'obéissance du même souverain, on n'y avait plus les mêmes raisons de s'obstiner à l'observation rigoureuse de cette règle ... La réciprocité de l'usage de la personnalité des statuts rendait toutes choses égales entre les différentes coutumes » (2). Il ajoute que des « motifs d'équité et d'utilité publique sont les vrais fondements de la personnalité des coutumes ». On sent que l'idée d'harmonie internationale n'est pas loin, qui sera donnée plus tard comme le fondement même du droit international privé.

36. Bouhier raconte comment, au XVIII^e^ siècle, « une société d'habiles avocats » comprenant notamment Froland, Duplessis et Boullenois entreprit de faire de la *famosissima quaestio* le sujet de ses conférences (3) D'entre ces juristes, c'est Boullenois qui exposera les idées les plus neuves. Se référant à la méthode de Descartes, il prétend faire table rase de tous les éléments fournis par les auteurs antérieurs et reprendre la discussion à la base. Néanmoins il reconnaît s'inspirer du Traité de la Communauté de Lebrun (4). De la théorie de Dumoulin il dit : « C'est un système purement d'imagination et qui n'est soutenu par aucun principe » (5). Mais ce n'est que le fondement de la théorie qu'il attaque. Il maintient la compétence de la loi du domicile. Autrement dit, pour lui comme pour Dumoulin, le régime matrimonial est un statut personnel. Mais c'est un statut personnel non parce que contrat tacite ou exprès, mais comme conséquence de l'état de gens mariés. L'état de gens mariés est incontestablement un statut personnel, les conséquences de cet état doivent l'être nécessairement aussi La communauté ou la non-communauté sont « une manière de vivre ». « La coutume

dinum concursu, chap. V), STOCKMANS dans les Provinces-Unies ; P. CHALLINE (*Méthode pour l'intelligence des coutumes de France*) ; DUPLESSIS (*Traité sur la coutume de Paris*, 1754, 3^e^ éd., art. 220, p. 353) ; BOUHIER, POTHIER, MERLIN en France. FOELIX (t. I, p. 188, n° 90) cite un grand nombre d'autres auteurs).

(1) POTHIER, *Traité de la communauté*, titre prélim., n° 12 (t. 7, p. 60) : « De là, il suit que la disposition des coutumes qui admettent une communauté entre hommes et femmes sans que les parties s'en soient expliquées, n'est pas un statut réel qui ait pour objet immédiat les choses qui doivent entrer en communauté ; c'est plutôt un statut personnel puisqu'il a pour objet immédiat de régler les conventions que les personnes soumises à la coutume, à raison du domicile qu'elles ont dans son territoire, sont censées avoir eues sur la communauté de biens lorsqu'elles se sont mariées ».

(2) J. BOUHIER, chap. 23 et 26.

(3) Cf. sur cette société : B. LEMARIGNIER, *La conférence des Avocats et les Conflits de statuts concernant les effets du mariage au début du XVIII^e^ siècle*. V° sur cette étude, P. C. TIMBAL, Compte-rendu, *Revue* 1962.385.

(4) LEBRUN, *Tr. de la Communauté*, L. I, chap. 2 ; cf. aussi *Tr. des Successions*, L. II, chap. 4.

(5) L. BOULLENOIS, *Dissert.* Quaest. 5.

regarde la personne et non la chose acquise ». « Dans ce système je n'ai besoin ni de la convention expresse, ni de la convention présumée, je tiens de la loi mon état de commun ou de non commun, comme un autre tient d'elle son état de majeur ou de mineur, et cet état importe et influe sur tout comme étant un état personnel » (1).

Le raisonnement de Boullenois parut simpliste et n'eut guère de succès en France (2). Il escamotait en quelque sorte les biens. Bouhier tira argument du fait qu'à l'exemple de tous les auteurs de l'époque, Boullenois n'avait pas envisagé le régime matrimonial en général, mais uniquement la communauté de biens. Il répondit que la communauté de biens ne pouvait être considérée comme une conséquence de l'état de gens mariés « puisque dans plusieurs coutumes, ainsi que dans les pays de droit écrit, elle n'est pas en usage » (3).

Quel que soit le fondement attribué au personnalisme, celui-ci paraît au XVIII^e siècle si établi que « M. de Lamoignon (Arrêtés de M. de Lamoignon, titre de la communauté, art. 3) en avait même voulu faire une règle générale en ce Royaume, par cette décision : quand il y a communauté de biens entre le mari et la femme, y entreront les acquisitions faites dans les lieux où la communauté n'est pas reçue » (4). Dès *l'affaire de Ganay*, le système de Dumoulin l'avait emporté devant le Parlement de Paris et à partir du 23 décembre 1529, date de l'arrêt rendu en l'espèce (4), les décisions se succèdent reprenant la même thèse : ainsi en 1549 (5), en 1572, en 1616, en 1617, le 23 février 1633, le 29 mars 1640 (6), le 18 février 1700 (7), le 8 avril 1718 (8), le 8 mai 1723 (9), le 27 juillet 1745 (10).

§ 3. — La faillite de la théorie du statut personnel

37. La promulgation du Code civil ne changea rien sur le moment à la solution (11), mais les bases en sont sapées et l'évolution ulté-

(1) L. Boullenois, t. II, chap. V, § XXIX= cf. F. Surville, *Rev. crit. légal. jurisp.*, 1888, p. 177.

(2) Foelix cite beaucoup d'auteurs favorables, mais trés peu de Français.

(3) J. Bouhier, chap. XXIII, § 53.

(4) J. Bouhier, chap. XXVI, § 20.

(5) Cf. Brillon, *Dictionnaire des Arrêts*, t. I, rubr. Acquêts ; A. Merlin, *Répertoire*, Communauté, § 1 (t. V, p. 104.).

(6) Cf. Brillon, t. II, Communauté n° 17, t. IV, Mariage n° 92 ; P. A. Merlin, *Répertoire*, Communauté, § 1 (p. 111) ; Duplessis, *Œuvres*, t. I, p. 383 ; L. Froland.

Cet arrêt Vanelli est particulièrement intéressant car il concerne un conflit international et pas seulement interprovincial.

(7) P. A. Merlin, *idem.*, p. 112.

(8) P. A. Merlin, *idem.*, p. 105.

(9) L. Boullenois, *Dissert.* quast. 19.

(10) P.A. Merlin, *idem.*, p. 105.

(11) Cf. à ce point de vue l'importance du *Répertoire* de Merlin. Assurant la transition entre l'ancien et le nouveau droit, il a favorisé la conservation de la solution traditionnelle.

rieure du système devient dès lors inévitable. C'est un domaine où l'on tient fort à faire parler les muets : l'idée de contrat tacite consiste à prêter une volonté à des gens qui n'en ont pas exprimée. De même on va faire parler un code silencieux.

En un temps où la doctrine et la jurisprudence éprouvaient le besoin de se retrancher derrière l'autorité de la loi, même quand celle-ci se dérobait, on a déduit du silence du Code qu'il fallait y voir une confirmation implicite de la jurisprudence des anciens parlements. Cette déduction eût été vraisemblable si le Code n'avait légiféré que dans les domaines qu'il entendait réformer. Mais l'on sait qu'il a repris à la lettre beaucoup de règles anciennes. En outre, dans l'ancien droit, cette règle n'était pas incontestée et certains parlements ne l'avaient jamais admise.

38. Si la règle ne change pas, le contexte dans lequel elle va être appliquée est différent, d'où il résulte que la signification de la règle, sinon les termes, est modifiée. En effet, sous l'Ancien Régime, l'adoption de la notion de contrat tacite entraînait nécessairement comme conséquence l'indivisibilité du régime et sa classification parmi les statuts personnels. Or les questions de statut personnel étaient non moins nécessairement soumises à la compétence de la loi du domicile. A partir du Code civil, ces propositions ne sont plus vraies. Les théories sur l'autonomie de la volonté ont fait leur chemin dans la conception générale du droit (1) : leur influence ne manquera pas de se manifester en droit international privé et spécialement en matière de régime matrimonial. On retrouvera une idée déjà énoncée par Jean Voët à la fin du XVII^e siècle, selon laquelle, si l'on prétend fonder la solution du conflit de lois sur la volonté des époux, le contrat tacite n'est pas un statut personnel et ressortit à loi d'autonomie. D'autre part, la nationalité prend le relai du domicile et régit le statut personnel. Dès lors, si l'on eût voulu continuer l'esprit de la règle ancienne, il aurait fallu attribuer de préférence compétence à la loi nationale des époux (2). Troplong en a eu la pensée, mais il n'est pas allé jusqu'au bout (3). « Il est constant, écrit-il que, lorsque des Français se marient en pays étrangers sans faire de contrat, ils sont communs de plein droit ». La raison invoquée pour faire prévaloir la loi nationale nous ramène au critère du domicile que Troplong n'ose abandonner : « la loi française régit leur association conjugale, car elle est celle de leur domicile et du centre de leurs affections ... On ne pourrait faire prévaloir la loi étrangère qu'autant qu'il serait bien certain, d'après les circonstances, que les époux ont voulu fixer leur domicile matri-

(1) Cf. E. GOUNOT, thèse ; TISON, thèse.

(2) C'est l'avis de PILLET (*Traité*, t. II, p. 220) ; cf. également F. DESPAGNET, *Précis*, n° 326. m. 946.

(3) R. T. TROPLONG, *Du contrat de mariage*, n° 33.

monial à l'étranger. Mais cette pensée n'est pas tellement admissible ; il faut de graves raisons pour s'y arrêter » (1).

39. La jurisprudence s'en tient à la loi du domicile. Les décisions les plus anciennes en affirment la compétence sans invoquer ni le statut personnel, ni l'idée de volonté tacite. On admet que telle est la règle et on ne cherche pas à la justifier (2). Parfois il est dit que les époux « sont censés avoir fait transcrire les dispositions légales pour former le texte de leur contrat » (3). La volonté est alors reconnue fictive. Si on lui prête un rôle véritable, ce n'est que dans la fixation du domicile (4). Puis pour justifier la compétence de la loi du domicile, on insistera sur le rôle de la volonté des époux et sur le choix que ceux-ci sont présumés avoir fait de cette loi. L'idée de convention tacite devient nécessaire non plus pour écarter le système de la réalité, mais pour écarter la compétence de la loi nationale. C'est ainsi que Toullier écrit : « lorsque des étrangers, quoique non naturalisés, mais domiciliés en France, y contractent mariage, sans passer aucun contrat de mariage, la communauté légale a lieu entre ces personnes. Il est vrai qu'elles ne sont pas capables du droit civil, qui n'a été établi que pour les citoyens, tel que le droit de tester, le droit de succéder ; mais elles sont capables de ce qui appartient au droit des gens, telles que sont toutes les conventions. Or la communauté légale n'est fondée que sur une convention » (5). De même Duranton, après avoir noté que l'étranger reste « soumis aux lois de son pays en ce qui concerne sa capacité personnelle » et que « c'est d'après ces lois qu'il peut se marier, contracter... », ajoute « ces considérations ne sont pas suffisantes, selon nous, pour qu'on doive dire qu'il n'a pas entendu, en se mariant en France, adopter la loi française quant à ses droits matrimoniaux, car c'est là une question d'intention » (6).

Le personnalisme est mort en France et Foelix déjà dépassé lorsqu'il écrit : « A défaut de stipulations expresses, cette association (conjugale quant aux biens) est régie de plein droit par la loi du domicile, et sans qu'il soit besoin de supposer une convention tacite des époux de se soumettre à cette loi » (7).

(1) Un arrêt de la Cour de Metz du 9 juin 1852 (D.P., 1852.II. 189) fait une exacte application de cette idée : « ... il est de principe que l'esprit de retour doit toujours être présumé : la puissance de cette présomption est telle qu'elle ne peut céder qu'à la plus irrécusable volonté contraire ».

(2) Civ., 25 juin 1816, S. (5e vol.), p. 209 ; Req., 25 février 1829, *Répertoire Dalloz*, 1852, t. XIII, p. 63, note 1 ; Civ., 7 février 1843, S., 1843.I.282 ; D., 1843.I.118 ; *Répertoire Dalloz*, 1852, t. XIII, p. 62, note 1. Cf. encore : Trib. civ. du Lot-et-Garonne, 20 décembre 1927 et 28 décembre 1927, *Clunet*, 1929.422 ; 1930.400.

(3) Lyon, 20 février 1839 et Req., 29 juin 1842, D., 1842.1.263 ; S., 1842.I. 975.

(4) Req., 29 décembre 1846, S., 1837.I.437 ; D.P., 1837.I.93 ; Req., 29 juin 1842, D., 1842.I.263.

(5) C.B.M. Toullier, t. XII, p. 149, n° 91.

(6) A. Duranton, t. VIII, p. 36 et s.

(7) Foelix, t. I, p. 188, n° 90.

Cependant, selon Bartin, la théorie du statut personnel restera « couramment appliquée en matière de conflits entre coutumes indigènes en Algérie et dans nos possessions indiennes ». Il cite à l'appui de son affirmation un arrêt de la Cour d'Alger et un arrêt de la Cour de cassation (1). Mais ce dernier en réalité se borne à constater une renonciation tacite faite du statut indigène et semble donc plutôt faire application de la loi d'autonomie.

SECTION II

LA LOI DU DOMICILE

§ 1. — Généralités

40. Si l'on a renoncé en France au personnalisme (2), pour conserver la compétence de la loi du domicile et si la logique du système adopté à très vite compromis ou rendu incertaine l'application de cette loi, l'on a souvent été tenté pour retrouver un peu de sécurité, d'abandonner le principe de l'autonomie de la volonté.

En 1929, la Société d'Etudes Législatives a envisagé de manière générale, la substitution de la loi du domicile à la loi nationale en matière de statut personnel (3). Après discussion, la commission n'a pas « voulu renverser le principe de la compétence de la loi nationale » mais a « cru indispensable de lui apporter certaines atténuations en faveur de la loi du domicile ». Or en 1909, la Société avait décidé de revenir au personnalisme pour les effets du mariage sur les biens : le régime matrimonial, avait-elle raisonné, est une conséquence du mariage. Le mariage et ses effets ressortissent à la loi personnelle, donc le régime matrimonial doit en relever. En d'autres termes, on reprenait l'argumentation de Boullenois. Mais en 1909, le projet élaboré retenait la compétence de la loi nationale. Vingt ans plus tard, la commission se prononce toujours en faveur du personnalisme, mais préfère à la loi nationale la loi du domicile, « parce qu'il lui a semblé qu'on ne pouvait songer à augmenter le champ d'application de la loi nationale à l'heure actuelle, en raison du fort mouvement d'immigration consécutif à la guerre ». « Revenant aux véritables traditions, à celles de Dumoulin, la commission déclare obligatoirement compétente la loi du domicile des époux. Et ce domicile sera constitué par le premier établissement après le mariage » (4).

(1) Alger, 31 décembre 1884, *Clunet*, 1885.440 ; Civ., 25 juillet 1888, D.P, 1889.417.

(2) Au Canada, la Province de Québec garde, sans l'avoir altéré, le système de Dumoulin. Cf. M. Simon-Depitre, *Droit International Privé*, p. 147-148.

(3) Cf. J. P. Niboyet, « Des modifications à apporter au statut des Français en pays étranger et des étrangers en France », *Revue*, 1929.193.

(4) Cf. en faveur de ce système : P. Arminjon, *Précis*, 1931, t. III, p. 104.

41. Ce projet s'inspirait donc avant tout de la situation démographique de la France et de ce point de vue, en raison du grand nombre d'étrangers qui continent à affluer en France, il reste encore valable aujourd'hui. La loi du domicile favorise une assimilation rapide des étrangers dans les pays d'immigration. Elle correspondra, en outre, le plus souvent à la loi du for : c'est à l'endroit où vivent les époux que surgiront les difficultés relatives à leur régime et qu'elles seront soumises aux tribunaux. Le juge peut appliquer sa propre loi. Non seulement son travail s'en trouve simplifié, mais c'est aussi l'avantage du justiciable, car le juge fera une meilleure application d'une loi qu'il connaît bien. L'intérêt pour les époux de la loi du domicile est, en outre, qu'ils seront soumis à la loi du pays où ils vivent et pour lequel cette loi a été édictée. Les tiers seront, de leur côté, protégés : le domicile des époux est le lieu où ils établissent la plupart de leurs relations pécuniaires avec les tiers pour qui leur régime sera dès lors sans surprise.

« Si un Etat peut avoir intérêt à ce que le régime des biens soit réglé d'une manière uniforme dans son territoire, il n'y a aucun intérêt à l'imposer à des ressortissants domiciliés ailleurs et qui préféreraient s'accomoder de la législation sous laquelle ils vivent et font leurs affaires et sous laquelle ils contractent mariage », déclarait König, en 1887, lors de la session de Heidelberg de l'Institut du Droit International (1) et sa parole devait y trouver un écho puisque, l'année suivante, l'Institut se prononçait pour la loi du domicile. Il est vrai qu'il le fit en se fondant sur une présomption de choix des époux (2). Niboyet, plus tard, penchera lui aussi pour la loi du domicile (3).

Mais les incontestables avantages d'un tel système sont compensés par des inconvénients importants de deux ordres : le domicile matrimonial est parfois difficile à déterminer. Il manque d'autre part quelquefois de stabilité, d'autant que les conflits de lois concernent des ménages à caractère international. Pour M. Louis-Lucas, « le lieu peut être dû à des circonstances fortuites ou réalisées de manière frauduleuse » (4). « Dans un monde d'errants comme notre pauvre monde, le domicile est de plus en plus incertain », constate de son côté M. Gavalda, tandis que M. Lenoan évoque le cas de ceux qu'il appelle des « extravagants ... ménages internationaux qui vivent dans des hôtels » (5). Et Pillet qui préférait pourtant la loi du domicile à titre impératif à la loi d'autonomie (6) disait déjà : « la loi du domi-

(1) Cité par A. Lainé, *Clunet*, 1907.809 et M. Caleb, thèse, p. 375.
(2) Session de Lausanne 1880. Cf. *Institut de Droit International, Tableau général des Résolutions*, p. 301.
(3) J. P. Niboyet, *Traité*, t. IV, p. 399 et n° 1496. De même Arminjon, *Précis*, 1931, t. III, p. 104.
(4) P. Louis-Lucas, *Revue*, 1951.609.
(5) C. Gavalda, « Remarques sur l'arrêt Rivière », *Comité de Dr. int. pr.*, 14e et 15e années, p. 128 ; R. Lenoan, cf. *La codification du Dr. int. pr.*, p. 184.
(6) A. Pillet, note sous Paris, 25 novembre 1891, S., 1896.II.273.

cile soulèverait de graves difficultés en ce qui concerne la détermination du domicile matrimonial des époux » (1).

§ 2. — La détermination du domicile matrimonial

42. Dans les pays anglo-saxons, on hésite à soumettre les meubles soit à la loi du premier domicile, soit à la loi du dernier domicile, soit encore à la loi du domicile lors de l'acquisition du bien (2). En droit français, le principe de l'indivisibilité du régime conduirait à éliminer d'emblée le domicile au moment de l'acquisition. Le dernier domicile devrait être éliminé à cause du principe de l'immutabilité. Même après suppression de ce principe par la loi du 13 juillet 1965, notre conception du régime s'oppose à des variations automatiques, sans publicité ni formalisme. Si, dans les pays anglo-saxons, une certaine jurisprudence admet que le régime change avec le domicile, c'est que l'on n'y a pas la même notion de régime matrimonial ; c'est aussi parce que le fonds commun de la *common law* fait que le changement du domicile n'entraînera généralement pas un grand bouleversement du régime (3). Cette dernière raison explique que le système a également cours dans l'Union Nordique : le régime matrimonial des ressortissants des Etats membres est gouverné par la loi du domicile, à condition que ce dernier soit fixé dans l'Union. Le changement de domicile entraîne changement de régime. Mais les droits internes des Etats membres se ressemblent beaucoup, et les régimes ne sont guère différents.

On a souvent invoqué les possibilités de fraude qu'un tel système pourrait donner au mari : celui-ci maître de fixer le domicile, pourrait porter atteinte aux droits de la femme, en changeant contre son gré le domicile et, par conséquent, le régime matrimonial. Savigny faisait remarquer que l'hypothèse de la fraude du mari n'est pas la seule raison à envisager : « Quand un fonctionnaire est envoyé dans une province, où les biens des époux sont régis par un droit différent, ce changement de domicile s'opère sans sa volonté, et le changement du droit peut ne convenir à aucun des époux » (4).

43. Mais si l'on en déduit que le régime matrimonial doit rester soumis à la loi du premier domicile, le problème ne se trouve pas résolu pour autant. Que faut-il entendre par premier domicile ? S'agit-il du domicile du mari ou du domicile effectivement commun ? S'agit-il du domicile tel qu'il était fixé avant le mariage ou au moment même du mariage ou encore du domicile que les époux ont

(1) A. Pillet à la Société d'Etudes Législatives, séances du 10 au 21 décembre 1908, *Revue*, 1909.674.

(2) Savigny envisageait déjà ces trois hypothèses, t. VIII, p. 324 et s.

(3) A ces deux raisons, il faut ajouter que la notion de domicile est ainsi conçue dans la common Law que les changements y sont très rares.

(4) F.C. Savigny, t. VIII, p. 328.

l'intention de fixer après le mariage ou qu'ils ont réellement fixé dans un délai plus ou moins rapproché ? Ce domicile doit-il, en outre, remplir certaines conditions et ces conditions sont-elles nécessairement celles prévues par les articles 102 à 109 du Code civil ?

Pour Pothier, « il faut décider ... que c'est à la loi du lieu du domicile de l'homme que les parties doivent être censées s'en être rapportées, car la femme qui en se mariant suit le domicile de son mari, doit plutôt être censée s'être soumise à la loi de ce domicile, qui va devenir le sien, que le mari ne doit être censé s'être soumis à la loi du domicile de la femme » (1). Cette opinion était déjà celle de Dumoulin et elle a été reprise par la plupat des auteurs sous l'Ancien régime (2). Merlin encore la prend à son compte (3).

Ce qu'une telle solution pouvait comporter d'artificiel était corrigé, parce qu'on ne considérait pas nécessairement le domicile matériel du mari au jour du mariage, mais plutôt le domicile que le mari avait l'intention de choisir pour y fonder son foyer. En 1928, la Société d'Etudes Législatives avait élaboré un projet ainsi conçu : « le régime matrimonial des époux mariés sans avoir fait de contrat de mariage est régi par la loi du pays où ils s'établissent immédiatement après leur mariage » (4). La solution des anciens auteurs était bien supérieure, car en faisant état de l'intention des époux, elle permettait de tenir compte de la solidité de l'établissement. Il faut imaginer le cas, par exemple, de deux jeunes français qui, à l'occasion d'études, se rencontreraient aux Etats-Unis, s'y marieraient, y resteraient le temps d'obtenir leur diplôme et reviendraient habiter la France. De façon générale, il faut relever que beaucoup de personnes aujourd'hui ne cherchent un établissement définitif qu'au bout d'un temps plus ou moins long. Des études, des stages, des emplois plus ou moins stables, une espérance d'avancement, les conditions du marché de la main-d'œuvre suffiront à déterminer des périgrinations, non pas de simples voyages, mais des installations provisoires en différents pays.

Pour Dumoulin, si le mari avait l'intention de s'établir au pays de sa femme, le domicile était censé y être fixé dès le jour du mariage M. Valladão voit là l'apport essentiel de jurisconsulte du XVI^e siècle, car la compétence de la loi du domicile du mari aurait été admise longtemps auparavant par Guido de Suzaria (+ 1285), Bartole et Balde.

Bouhier sera partisan d'une grande souplesse pour éviter que le mari n'abuse de son droit de fixer le domicile. Il propose deux maximes pour résoudre la question : « il faut pencher pour celui des contractants qui a pour lui la bonne foi la plus apparente »,

(1) R.J. Pothier, Principes préliminaires, *Traité de la communauté*, n° 14.
(2) Cf. D. Lebrun, *Traité de la communauté*, L. I, chap. 2, n^os 36 et s. ; Ph. de Renusson, 1^e partie, chap. 4, n° 18 ; Duplessis, *Consultat.* n° 3.
(3) P.A. Merlin, *Répertoire*, Communauté, § 1, p. 114, cf. aussi Foelix, n° 91.
(4) *Soc. d'Et. Législ.* 1928, quest. 73, p. 341, art. 20 du projet.

et « dans le doute, on doit préférer le parti qui favorise les intérêts de la femme mariée » (1).

44. Cette manière de définir le domicile matrimonial paraît « ingénieuse, un peu subtile » à Pillet (2). Mais la question se pose de savoir si elle est compatible avec un système personnaliste. Le critère de rattachement dans un tel système doit se déterminer objectivement. Le régime matrimonial étant un effet du mariage, il faudrait pouvoir dire : au jour du mariage, le domicile était fixé en tel pays, donc la loi de ce pays régira les relations pécuniaires des époux. Ou bien opter pour le domicile d'origine des époux, qui serait un équivalent de la nationalité. Ou alors, il faudrait admettre que le régime matrimonial change en même temps que le domicile. Cette dernière solution correspondrait le mieux à la logique du personnalisme. Savigny déjà l'avait relevé (3). La loi qui gouverne les effets personnels du mariage change bien lorsque changent les circonstances de rattachement.

La rigidité qu'implique la première hypothèse doit la faire écarter. Beaucoup de ménages ne fixent leur domicile qu'après le mariage. Il serait arbitraire de s'en tenir au domicile qui était le leur ou celui du mari au moment même du mariage.

La deuxième hypothèse heurte notre conception du régime, état conféré aux époux ou choisi par eux en même temps que l'état de gens mariés et qui doit accompagner toute leur vie conjugale.

45. Grâce à l'idée de contrat tacite, le système de Dumoulin permet d'échapper à ces difficultés. Si c'est en vertu d'un contrat tacite que les relations pécuniaires des époux ont été soumises à la loi de leur premier domicile, on comprend que le changement de domicile n'affecte pas la convention (4). Et l'on comprend également la préférence donnée au domicile choisi par les époux, même lorsque le choix ne s'est pas encore réalisé, plutôt qu'au domicile qu'ils vont délaisser. La volonté dans le système de Dumoulin ne joue que dans la détermination du domicile. Ce n'est donc pas la théorie de l'autonomie de la volonté qui consiste à laisser aux époux le choix de la loi compétente ; mais c'est une doctrine peu rigoureuse du statut personnel. Le reproche d'inconséquence adressé à Dumoulin s'explique par là.

Mais Dumoulin était sans doute beaucoup plus près de la vraie nature du régime que ceux qui veulent effacer ses « inconséquences » et préconisent des systèmes simples. On ne peut, en effet, nier que le

(1) J. Bouhier, chap. 21, nos 43 et s.

(2) A. Pillet, *Traité*, t. II, p. 220.

(3) F.C. Savigny, t. VIII, L. 3, chap. 1, n° 379, p. 325. cf. aussi F. Surville, *Cours*, p. 463.

(4) Cf. F. Surville, *Cours*, p. 463 : « L'immutabilité du régime légal s'explique donc logiquement chez ceux des auteurs qui, formant le second groupe de personnalistes, reprennent la théorie de Dumoulin ».

régime matrimonial est une conséquence nécessaire du mariage, comme le mariage est la condition nécessaire du régime matrimonial. On ne peut pas davantage contester le caractère de charte qui est le sien. Savigny a tenté d'éluder la contradiction en remplaçant l'idée de contrat tacite par celle de « soumission volontaire » (1). Ce terme est certainement moins compromettant que celui de convention tacite. Mais Savigny en a fait un usage si large qu'il ne permet plus de distinguer le caractère particulier du régime matrimonial comparé aux autres rapports de droit soumis à la loi personnelle. En effet, l'idée de soumission volontaire fonde pour lui la compétence de la loi du domicile et est à la base de tout son système de conflits de lois et même de conflits de juridictions. En fin de compte, l'idée de contrat tacite est peut-être trop précise pour s'adapter à une conception en faveur du statut personnel et l'idée de soumission volontaire trop vague pour avoir une signification efficace dans un tel système.

46. Selon le mode de détermination qu'on adopte, la notion de domicile risque d'être arbitraire ou alors de ne pas se concilier avec la théorie du statut personnel. Les qualités pratiques du second mode compensent dans une certaine mesure son ambiguïté théorique. Mais même dans une optique purement pratique, il souffre d'un inconvénient avivé par cette ambiguïté.

Si l'intention des époux, et spécialement celle du mari, doit compter dans la détermination du domicile, il reste à fixer comment cette intention devra être manifestée et dans quelle mesure on en tiendra compte. Certes, dans un système d'autonomie, l'incertitude sera encore plus grande puisque non seulement elle porte alors sur la détermination du domicile, mais encore sur le choix de la loi : du moins on sait que c'est à la volonté des époux qu'on doit se tenir et on n'hésitera pas à préférer cette volonté à des éléments objectifs de détermination. Mais le domicile, lui, n'est pas seulement déterminé par l'intention des époux ; on ne peut même tenir compte de cette intention que dans la mesure où l'on estime qu'elle se réalisera. L'intention ne doit permettre que d'anticiper sur le domicile futur. On ne peut donc pas systématiquement la préférer à des éléments objectifs de fixation. Théoriquement, la détermination du domicile dans le système de Dumoulin serait encore plus délicate que la détermination de la loi choisie dans le système de l'autonomie. En fait, cependant, la vérité est différente : l'exemple de la jurisprudence démontre que l'incertitude est bien plus grande avec la loi d'autonomie. Néanmoins, pour beaucoup, l'incertitude du domicile est encore trop grande.

La notion de domicile a perdu, en effet, de sa précision à mesure

(2) F.C. Savigny, t. VIII, chap. 1, § 360, n° 2, p. 110 et § 379, p. 327. Il est à remarquer que bien avant lui les partisans du statut réel parlaient déjà de soumission volontaire.

que son usage se multipliait en droit international privé depuis la première guerre mondiale : s'inspirant de la doctrine interne, la jurisprudence a apprécié le domicile d'une façon extrêmement souple qui lui permettait de décider qu'il était fixé en France, chaque fois qu'elle l'estimait souhaitable. Le mot « domicile » ne recouvre donc jamais tout à fait la même réalité (1).

§ 3. — La loi du domicile dans les systèmes étrangers

47. Pourtant, en de nombreux pays, on donne compétence à la loi du domicile. Le système réaliste la retient pour les meubles. La plupart des législations qui donnent compétence à la loi nationale en matière de régime matrimonial, adoptent la loi du domicile à titre subsidiaire pour les apatrides (2). Quelques-unes font des concessions plus importantes au domicile. La loi du domicile joue le rôle de complément et parfois de correctif de la loi nationale. Ainsi en est-il du Code Bustamente (3). Celui-ci ne consacre pas la compétence de la loi nationale, mais laisse le choix aux Etats membres entre domicile et nationalité. La loi du domicile est compétente cependant alors même que les Etats membres auraient opté pour la loi nationale, non seulement pour les apatrides, mais dès que les époux ne sont pas de même nationalité. Le Code civil du Guatémala illustre ce système. L'article 116 en est ainsi conçu : « le régime matrimonial des époux étrangers d'une même nationalité se détermine à défaut d'un contrat, par la loi personnelle qui leur est commune au moment de la célébration du mariage ; et s'ils sont de nationalité différente, par la loi du lieu où les époux fixent leur premier domicile conjugal ». En 1952, l'Institut de Droit International s'est inspiré de cette solution dans l'article 2, alinéa 2 de son projet : « ... Au cas de conflit de leurs lois nationales, sauf intention contraire des parties, la loi du premier domicile conjugal » (4).

L'article 15, alinéa 2, de la loi d'introduction au B.G.B. permet aux époux étrangers domiciliés en Allemagne de faire un contrat de mariage alors même que leur loi nationale, compétente selon l'alinéa 1er du même article en matière de régimes matrimoniaux, le leur interdirait. Le projet de 1951 du Bénélux fait une part plus large encore à la loi du domicile (5). Après avoir consacré la compétence de principe de la loi nationale du mari, l'article 5 ajoute dans un autre alinéa : « Toutefois, si le mari n'a jamais eu de domi-

(1) Cf. Ph. Francescakis, « Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel » *Comité de Dr. int. Pr.*, 1965.291 et s.

(2) Cf., par exemple, art. 29 de la loi d'introduction au B.G.B. ; art. 27 du Code civil italien ; art. 30 du Code civil grec ; art. 15, § 1, du projet 1951 du Bénélux.

(3) Article 187. Ce code lie 15 Etats d'Amérique du Sud et d'Amérique Centrale.

(4) Session de Sienne. Le projet définitif de résolution a été établi par MM. Batiffol et Valladao, cf. *Ann. Inst. Dr. Int.* 44.II.9.

(5) Cf. *Congrès des Notaires*, p. 519, Annexe nº 5.

cile dans son pays ou si plus de cinq années se sont écoulées depuis qu'il s'est établi à demeure à l'étranger, le régime matrimonial est en l'absence d'un contrat de mariage celui que prévoit la loi du pays où les époux fixent leur domicile immédiatement après la célébration du mariage à moins que ce régime ne soit pas autorisé par la loi nationale». Ce projet prévoit, en outre, en son article 15, paragraphes 2 et 3, que la loi du domicile remplacera la loi nationale : « lorsqu'un étranger a son domicile aux Pays-Bas, en Belgique, au Luxembourg et que les règles de droit international privé de sa loi nationale déclarent applicable la loi du domicile» et « lorsqu'un étranger a son domicile hors de son pays et hors des Pays-Bas, de Belgique et de Luxembourg et que les règles de droit international privé de sa loi nationale et de la loi de son domicile rendent applicable cette dernière loi» (1).

Ce projet représente un effort de synthèse entre les deux critères les plus utilisés. On a utilisé la technique du renvoi. Les paragraphes 2 et 3 de l'article 15 peuvent s'analyser, en effet, comme admettant le renvoi dans la mesure exclusivement où il en résulte la compétence de la loi du domicile. C'est en quelque sorte un renvoi sélectif.

48. Les pays à législation non unifiée ont tendance à consacrer la loi du domicile à titre principal (2). La solution n'est pas alors spéciale au régime matrimonial mais concerne tout le statut personnel. Sans même évoquer l'exemple de notre ancien droit où la notion de nationalité n'était pas dégagée, on peut rappeler que la Grande-Bretagne et les Etats-Unis font une très large part à la loi du domicile (3). D'autre part, l'exemple de l'Allemagne est particulièrement démonstratif : avant que le B.G.B. unifie le droit civil et proclame en même temps la compétence de la loi nationale, la loi du domicile gouvernait les régimes matrimoniaux (4). Il faut bien entendu faire la part du mouvement général en faveur de la loi nationale qui s'est manifesté à cette époque non seulement en Allemagne, mais encore dans beaucoup d'autres pays.

En Suisse, l'introduction du Code civil n'a pas entraîné la compétence de la loi nationale et a, au contraire, confirmé celle de la loi du domicile (5). Cette dernière n'est pas, en effet, incompatible avec l'unification du droit. La Norvège et, à sa suite, les pays mem-

(1) Ces dispositions ne concernent pas seulement le régime matrimonial et sont conformes au projet de convention de la Conférence de La Haye relatif aux conflits entre loi nationale et loi du domicile.

(2) Ce qui ne veut pas dire que les pays à législation unifiée écartent tous cette même loi.

(3) Cf. également les articles 1848 et 1849 du Code civil de l'Etat mexicain de Puebla (10 juin 1901).

(4) Cf. T.M.C. Asser (*Eléments*, p. 109, note 1) : « La doctrine du premier domicile matrimonial est consacrée d'ancienne date par la jurisprudence (arrêts nombreux de divers pays, Arntz, t. III.551) et d'une manière expresse et formelle par le Code général prussien (II, 1, § 350, 351) et par le Code saxon (§ 14). On peut dire qu'elle forme le droit commun en Allemagne ».

(5) Art. 19, alinéa 1, loi fédérale 1891.

bres de l'Union Nordique rattachent le statut personnel à la loi du domicile, du moins pour les ressortissants de l'Union domiciliés sur son territoire. Le Brésil a abandonné au profit de la loi du domicile le principe de la loi nationale retenu dans l'ancien Code civil (1). D'autres Etats d'Amérique du Sud et du Centre retiennent la compétence de la loi du domicile (2).

49. L'exemple suisse, le plus proche de nous dans l'espace, vaut qu'on s'y arrête un peu. Les Suisses ont adopté une solution souple et non dépourvue d'originalité. Le domicile pris en considération est le premier domicile conjugal et s'il y a doute à ce sujet, c'est le domicile du mari au moment de la célébration du mariage (3).

Le régime matrimonial sera soumis à la loi de ce domicile, du moins en ce qui concerne les relations des époux entre eux. Dans les rapports avec les tiers, la loi du domicile actuel sera compétente (4), car ceux-ci ne peuvent pas toujours facilement connaître le premier domicile et risqueraient d'être surpris par la compétence d'une loi qu'ils ignorent.

Ce système présente l'inconvénient de rompre l'unité du régime : il y aura une loi pour gouverner les rapports des époux entre eux et une autre loi pour gouverner leurs rapports avec les tiers (5). Or dans l'un et l'autre cas, ces rapports affectent le même patrimoine. Les opérations faites par les époux sur leur patrimoine, même si en principe elles ne concernent pas les tiers, diminueront ou augmenteront, par exemple, le gage des créanciers. Et si l'on veut éviter les répercussions que ces opérations auront sur les droits des tiers, on en limitera singulièrement la portée : la loi applicable aux rapports des époux avec les tiers ne sera pas sans influence sur les rapports des époux entre eux et inversement.

Aussi est-il prévu que, lorsque des époux précédemment domiciliés à l'étranger viennent habiter la Suisse, ils pourront adopter le régime légal suisse par déclaration à l'office cantonal. Le nouveau régime s'appliquera alors dans leurs rapports entre eux avec rétroactivité au jour du mariage. Les droits acquis des tiers cependant sont réservés. La législation se veut protectrice des intérêts des tiers, mais elle n'y arrive qu'au détriment de la simplicité du système.

(1) L'ancien code est de 1916. La compétence de la loi nationale était retenue Cf., par exemple, Tribunal Fédéral, 13 octobre 1923, *Revue*, 1925. 409. Le nouveau texte est l'article 7, § 4, de la loi d'introduction au nouveau Code civil (4 septembre 1942).

(2) Par exemple : Costa-Rica, C. civ. du 20 septembre 1887, art. 7, al. 3.

(3) Art. 19, al. 1er, loi fédérale 1891. Sur la première hypothèse, cf. Tribunal fédéral, 19 mars 1924, *Clunet*, 1926.808 et *Revue*, 1925.447. Sur la deuxième hypothèse, cf. Tribunal fédéral, 19 septembre 1930, *Clunet*, 1931.520.

(4) Art. 19, al. 2. Cf. Tribunal fédéral, 29 novembre 1923, *Revue*, 1926.102, *Clunet*, 1926.801 et 19 septembre 1930, *Clunet*, 1931.520.

(5) Ce dualisme se retrouve dans le système proposé par M. Cl. J. Berr. Cf. « Les relations patrimoniales entre époux en droit international privé », *Clunet*, 1965.304 et s.

D'autre part, il faut relever que le système est différent suivant que les époux vivent en Suisse ou dans un autre pays et ne respecte pas, par conséquent, la Résolution de l'Institut de Droit International qui condamne les règles unilatérales (1). Mais il faut prévoir une formalité au changement de régime. Or la loi suisse ne peut imposer ces formalités dans les autres Etats. D'ailleurs le déséquilibre qui en est la conséquence est plus ou moins corrigé par une disposition qui, si elle manifeste beaucoup de ménagements à l'égard des lois étrangères, a malheureusement pour conséquence de compliquer encore le système : en effet, si les époux changent de domicile, ils restent soumis à la loi de leur premier domicile seulement si la loi de leur nouveau domicile ne s'y oppose pas (2).

SECTION III

LA LOI DU LIEU DE CÉLÉBRATION

50. Les précautions prises en Suisse pour éviter que des tiers ne soient lésés, attirent l'attention sur le danger que présente l'utilisation d'un critère tiré du domicile. Si la loi applicable change avec le domicile, les tiers pourront facilement connaître le régime des époux au moment où ils contractent avec ces derniers. Mais ils ne pourront pas compter sur les garanties que leur accorde ce régime dont rien ne leur assure la stabilité. Si en cas de changement de domicile et de régime, on prétend réserver les droits acquis des tiers, on désagrège l'unité du régime. Si, malgré les changements de domicile, le régime reste immuable, les tiers seront parfois bien en peine de connaître le domicile d'origine des époux et par conséquent leur régime, à moins que la détermination de ce domicile ne se fasse par un critère simple et incontestable. On ne peut exiger des tiers qu'ils mènent une enquête sur la volonté et sur la vie des époux. Ils doivent cependant pouvoir se procurer la preuve indubitable de ce domicile. Si le domicile était officiellement établi, ils seraient prémunis contre toute surprise.

Mais plus les critères seront certains, moins ils auront de chances de correspondre à une domiciliation effective. Ainsi, du temps où existait l'admission à domicile, on ne l'a jamais considérée comme condition d'un domicile matrimonial d'époux étrangers en France. D'ailleurs cette institution de l'admission a peut-être favorisé l'autonomie de la volonté, car dans un système personnaliste, il

(1) Session de Sienne 1952, *Ann. Inst. Dr. Int.*, 44.II.413 : « 1. Les règles de Droit international privé ne doivent pas pour des raisons démographiques utiliser des points de rattachement donnant lieu à une différence entre le domaine d'application de la loi nationale et celui de la loi étrangère ».

(2) Art. 31, al. 2, cf. Tribunal fédéral, 19 mars 1924 précité. Cour de justice civile de Genève, 26 mai 1894, *Clunet*, 1895.196 ; Tribunal cantonal de Lausanne, 19 novembre 1897, *Clunet*, 1898.788.

eût sans doute fallu en faire une condition de la compétence de la loi du domicile. Or une telle exigence eût été trop restrictive. Pourtant, Duranton, quoique raisonnant sur l'idée de contrat tacite, reste hésitant : « L'étranger non admis par le gouvernement à fixer son domicile en France n'y a point de domicile de droit ; il ne peut y avoir qu'une simple résidence de fait : d'où il paraîtrait plus difficile de décider qu'il a entendu adopter pour régime matrimonial une loi qui ne concerne que ceux qui sont domiciliés dans l'étendue du territoire où elle exerce son empire » (1). Le Tribunal de la Seine avait estimé en 1853 que la loi française ne pouvait s'appliquer au régime matrimonial d'étrangers qui ont seulement une résidence de fait en France et n'y ont pas été admis à domicile. La Cour de Paris a réformé ce jugement isolé : « Sans doute, dit-elle, ce domicile doit avoir une importance qui le distingue d'une simple résidence, mais ... il n'est pas besoin qu'il ait été autorisé par le gouvernement dans les termes de l'article treize du Code Napoléon » (2).

51. M. Louis-Lucas propose le lieu de célébration du mariage, critère, selon lui, « indiscutable et caractéristique » (3). La cérémonie laisse des traces évidentes sur le registre d'état civil, de sorte que les tiers, en même temps qu'ils sont avertis de l'existence ou de l'inexistence d'un contrat de mariage, le sont de la loi qui gouverne les relations pécuniaires.

Mais s'agit-il là d'un critère personnaliste et faut-il considérer le lieu de célébration comme une variété de domicile ? On doit plus exactement y voir une variante du domicile et une variété de personnalisme. Au premier abord, certes, la loi du lieu de célébration, c'est la *lex loci actus* qui évoque l'idée de contrat. A ce titre, on devrait l'apparenter à la loi d'autonomie. Mais tant les justifications de M. Louis-Lucas que l'exemple de la loi argentine montrent qu'il ne faut pas s'en tenir aux apparences et que ceux qui sont favorables à ce critère ne le considèrent pas comme une conséquence du caractère contractuel du régime matrimonial, ni même du mariage.

L'article 162, alinéa 1er, du Code civil argentin est ainsi rédigé : « A défaut d'un contrat de mariage et d'un changement de domicile matrimonial, la loi du lieu de célébration du mariage régit les biens meubles des époux, sans égard au lieu de leur situation et de leur

(1) A. Duranton, t. VIII, n° 87, p. 36 et s.

(2) Trib. civ. Seine, 14 avril 1853 et Paris, 15 décembre 1853, S., 1854.II.105. Parfois cependant, si l'époux n'a pas demandé à être admis à domicile, on en a inféré qu'il gardait l'esprit de retour et devait être considéré comme domicilié dans son pays d'origine. Cf. Aix, 7 février 1882, S., 1883.II.110.

(3) P. Louis-Lucas, *Revue*, 1951.609 et s. ; Pillet, dans son rapport à la Société d'Etudes Législatives, avait pourtant dit : « Il ne se trouverait personne non plus pour proposer que l'on adoptât en cette matière la loi du lieu où le mariage est célébré » (*Revue*, 1909.683 ; *Soc. d'Et. Législ.*, 1909.449).

acquisition ». Il semble donc bien que le lieu de célébration soit considéré comme le premier domicile. Cette interprétation devient évidente, si l'on rapproche de ce texte le deuxième alinéa du même article : « Si un changement de domicile a eu lieu, les biens acquis par les époux avant ce changement sont régis par les lois de leur premier domicile. Les biens acquis après ce changement sont régis par les lois de leur nouveau domicile ».

Lors d'une discussion à la Société d'Etudes Législatives en 1909, Cotelle disait : « Vous voyez des jeunes gens se marier à Paris, aller en Suisse, puis en Amérique. Où est leur domicile matrimonial ? » Et Ambroise Colin de répondre : « C'est celui de l'endroit où ils ont contracté mariage » (1).

Pour M. Louis-Lucas, la loi du lieu de célébration doit être celle de tout le statut familial et non seulement celle du régime matrimonial. « Comment une institution aussi autonome que le mariage dont la charte de formation, nous venons de le reconnaître, ne peut être qu'unique, pourrait-elle engendrer des effets qui ne relèvent pas tous d'une conception, des effets qui seraient individualistes et non familiaux, non harmonisés, divergents, peut-être contradictoires ? » M. Louis-Lucas comprend la filiation légitime dans les effets du mariage. « Comme le divorce et la séparation de corps, limites extrêmes, totales ou partielles, de ces effets, la filiation n'est qu'une résultante. Elle est dans la dépendance directe nécessaire du mariage ». On peut en déduire qu'il ne se fonde nullement sur une conception contractuelle du mariage, car ce serait admettre que le statut de tiers, les enfants, résulte d'un contrat.

52. Mais pourquoi la loi du lieu de célébration ? M. Louis-Lucas appuie son choix sur une critique du premier domicile conjugal : « Ce lieu peut être dû à des circonstances fortuites ou réalisées de manière frauduleuse. Il est instable et par suite peu révélateur ». Le lieu de célébration ne comporterait aucun de ces défauts. Il est, en effet, unique et présente donc un caractère de stabilité totale. Pourtant, plus qu'au domicile, on a fait à ce critère le reproche de dépendre souvent de circonstances fortuites et de prêter à la fraude. « Lieu de hasard », disait déjà Bouhier, avec peut-être quelque excès (2). Et Pillet de renchérir : « Il arrive souvent, en effet, qu'un mariage est célébré par raison de commodité dans un pays auquel

(1) *Soc. d'Et. Législ.*, 1909, Quest. 19, p. 465. Cette même idée se retrouve dans une décision de la Cour de cassation : « Il est constant que les époux Lesieur, mariés sans contrat de mariage dans l'Etat de Virginie, doivent, suivant leur volonté présumée, être réputés avoir choisi les dispositions du code de cet Etat... » (Civ., 4 avril 1881, S., 1883.I.63). Quand le langage populaire dit d'une personne qu'elle est mariée en tel endroit, cela signifie qu'elle y est domiciliée avec son conjoint.

(2) J. Bouhier cite un *arrêt du Parlement de Bourgogne* du 16 avril 1710 en faveur de la coutume du lieu de célébration pour dire qu'il est isolé et tient sans doute « à quelques circonstances particulières » (Chap. 21, § XXXI, p. 585).

les époux n'appartiennent ni par leur nationalité, ni par leur domicile, et on ne voit pas que cet incident insignifiant de la célébration du mariage puisse posséder une influence quelconque sur le régime auquel les conjoints seront soumis» (1).

Pour M. Louis-Lucas, il n'en est rien : « Ou bien, dit-il ces jeunes gens ont la même nationalité et ils peuvent alors se marier devant leur agent consulaire, se soumettre s'ils le veulent au droit matrimonial de leur pays ; ou bien s'ils sont de nationalités différentes et puisqu'il convient cependant de soumettre leur union à une loi unique, il faut, afin de ne pas tomber dans l'arbitraire, choisir une loi avec laquelle tous deux ont des attaches. Quelle loi, en fin de compte, a plus de titres que celle du pays dans l'ambiance duquel ils font leur foyer ? Les règles les plus communément reçues du reste n'autorisent pas le mariage dans un pays avec lequel le futur époux ni la future épouse ne possèdent de liens. Et les intéressés sachant à l'avance que leur mariage relèvera du lieu de sa célébration choisiront ce lieu en conséquence. De leur point de vue, cette loi locale a donc un titre à intervenir ; elle en a un aussi du point de vue de celui qui reçoit leur consentement. Plus on admettra qu'il n'est pas seulement un témoin, mais un participant à la formation du lien, plus on sera amené à dire qu'un mariage célébré en France, par un officier d'état civil français devra être appelé, avec toutes les conséquences juridiques que cela implique, un mariage français, tandis qu'un mariage célébré en Suisse par un officier public suisse devra être appelé un mariage suisse» (2).

53. Cette argumentation appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, le système proposé mettrait les tiers à l'abri des surprises et donnerait au juge la possibilité de déterminer très facilement la loi applicable. Cependant, ces incontestables avantages résulteraient aussi bien de n'importe quel critère rigide, spécialement du critère tiré de la nationalité du mari. Ce système permettrait, en outre, de réaliser l'unité du statut familial. Mais n'importe quel autre système le permettrait aussi bien à condition qu'on accepte d'y soumettre tout le statut familial. Or si la *lex loci celebrationis* régit les formes du mariage, la loi nationale de chaque époux est compétente pour gouverner les conditions de fond et la jurisprudence *Rivière* a introduit un système basé sur la compétence de la loi nationale commune et, à défaut, de la loi du domicile pour régler les effets personnels du mariage. La soumission de toutes ces questions à la loi du lieu de célébration est hautement improbable.

A considérer la thèse de M. Louis-Lucas du point de vue uniquement du régime matrimonial, on doit se demander s'il est vrai que

(1) A. Pillet, Rapport à la Soc. d'Et. Législ., *Revue*, 1909.683.
(2) P. Louis-Lucas, *Revue*, 1951.609.

le lieu de célébration correspond toujours pour le couple à des attaches suffisamment profondes. Le raisonnement de M. Louis-Lucas tient en deux points. Le premier c'est que si les époux sont de même nationalité, ils se marieront soit dans leur pays, soit devant leur consul, étant entendu que le mariage consulaire équivaut au mariage célébré dans leur pays. Si, à l'étranger, ils ne se marient pas devant leur consul, il faudrait considérer qu'ils rompent délibérément avec leur pays d'origine. Le second point, c'est que si les époux sont de nationalités différentes, les attaches de ce couple avec le pays du mari seront compensées et en quelque sorte annulées par leurs attaches avec le pays de la femme. Une troisième loi doit être compétente.

54. On peut tomber d'accord que, deux personnes de même nationalité se mariant dans leur pays ou devant leur consul, cette triple concordance fasse incliner en faveur de la loi nationale qui est en même temps loi de célébration (1). La Cour de cassation l'a parfois admis sous le couvert de l'autonomie de la volonté. Dans un *arrêt Nicoletti c. Marie Pila*, elle dit : « Le fait pour les futurs époux italiens d'avoir choisi pour procéder à la célébration du mariage le consul général d'Italie et non l'officier d'état civil français, est suffisamment révélateur de leur intention de suivre la loi de leur pays d'origine » (2). Mais la Cour refuse d'en faire une solution de principe (3).

On s'est parfois demandé si, ces conditions étant réunies, on se trouve en présence d'un conflit de lois. Dans l'*affaire Daim c. Minazzi* (4), le pourvoi en cassation s'était fondé sur l'idée de l'inexistence de tout élément d'extranéité. La Cour suprême n'a pas suivi cette thèse. Mme Simon-Depitre envisage ce problème à propos de *l'affaire Fiorini c. Ottaviani* (5). Elle admet qu' « en fait toutes les affaires où il y avait concordance entre la loi nationale des époux et la loi du lieu de célébration du mariage concernaient des étrangers venus se fixer ultérieurement en France ». Mais on ne doit pas en tirer argument contre la thèse, car le problème n'est soumis au juge français que dans de telles espèces. Celui-ci, en effet, appliquera aux époux français mariés en France la loi française sans référence aux règles de conflits d'une part, et d'autre part

(1) En ce sens Cl. J. Berr, « Les relations patrimoniales entre époux en droit international privé », *Clunet*, 1965.304, spécialement p. 318, n° 29.

(2) Civ., 19 janvier 1954, *Clunet*, 1954.788 ; *Bull.*, I, p. 21. Cf. aussi : Civ., 30 décembre 1912, D.P., 1914.I.191 ; *Clunet*, 1913.942 ; Paris, 22 juin 1953, *Revue*, 1954.788, note Y. Loussouarn ; *Clunet*, 1953.888 ; *J.C.P.*, 1954.II.8161, note J. B. Sialelli ; Alger, 12 mai 1926, *Clunet*, 1928.163 ; *Revue*, 1928.669.

(3) Civ., 7 novembre 1961, *Clunet*, 1962.422 ; Civ., 30 décembre 1959, *Revue*, 1961.326 ; Trib. civ. Lille, 29 février 1924, *Clunet*, 1925.148 ; Trib. civ. Lot-et-Garonne, 20 décembre 1927, *Clunet*, 1929.422.

(4) Civ., 7 novembre 1961, précité.

(5) M. Simon-Depitre, note sous Civ., 30 décembre 1959, *Revue*, 1961.326.

n'aura jamais à juger du cas d'étrangers mariés à l'étranger et n'habitant pas la France.

Deux arrêts de juridictions du fond cités par Mme Simon-Depitre ont adopté cette thèse. La Cour de Besançon dans une décision quelque peu ancienne avait déclaré : « qu'en l'espèce, il s'agit d'un mariage contracté en Suisse par deux personnes de nationalité suisse ; qu'il ne se présente dès lors aucun conflit entre leur statut personnel et la loi du pays où ils se sont unis ; que c'est donc au droit matrimonial suisse qu'ils doivent être soumis parce qu'à l'époque de leur mariage aucun autre régime ne pouvait avoir le moindre titre à le régir ... » (1). Un arrêt de la Cour d'appel de Paris, plus récent, est cependant moins net car, outre la coïncidence de la nationalité commune et du lieu de célébration, il y est relevé que le domicile était fixé dans le même pays pendant les premières années du mariage (2). Audinet soutenait cette thèse, mais en en appelant à la volonté des époux : « Lorsque deux époux sont de même nationalité et se marient dans leur pays, on doit présumer qu'ils ont entendu adopter le régime établi par leur loi nationale. Cette présomption est alors absolue, elle ne tomberait que s'ils avaient adopté un autre régime, dans un contrat valable » (3). Il ne nie donc pas le conflit de lois, mais arrive néanmoins à la même solution.

Il est à relever que, l'hypothèse des mariages consulaires mise à part, le lieu de célébration ne signifie pas autre chose dans ces cas qu'un premier domicile déterminé sans analyse de la volonté des époux, au moyen d'un critère objectif.

55. L'hypothèse du mariage consulaire exclut cette concordance du domicile et du lieu fictif en l'occurrence de célébration. Mais le recours au consul n'indique-t-il pas la volonté de ne pas se lier au pays où l'on se marie et de conserver les attaches avec le pays de la nationalité ? En ce sens, le mariage consulaire serait l'indice objectif de la précarité de la résidence des époux dans le pays où ils se sont mariés et de leur intention de fixer ultérieurement leur domicile conjugal dans leur pays national. Un jugement du Tribunal de Marseille du 16 mars 1875 exprime cette idée (4) : l'étranger qui contracte mariage en France devant le consul de sa nation « est présumé avoir eu l'intention de conserver son domicile dans son pays natal, et, par suite, de rester soumis aux lois de son pays d'origine ».

(1) Besançon, 28 juillet 1930, *Clunet*, 1931.647 ; *Gaz. Pal.*, 1930.II.542 ; *Revue*, 1931.125, note M. Caleb.

(2) Paris, 2 juillet 1954, *Revue*, 1954.810, note H. Batiffol ; *Clunet*, 1955.142, note A. Ponsard ; cf. aussi Trib. civ. Seine, 25 mai 1935, *Revue*, 1938.76.

(3) E. Audinet, *Recueil*, n° 40, 1932.II.287 et s. Cf. également Me Collot, in *Congrès des Notaires*, p. 107 ; cf. Résolution de la 1re Commission du Congrès : *Revue*, 1960.442.

(4) Trib. civ. Marseille, 16 mars 1875, *Clunet*, 1876.182 ; cf. aussi Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, 23 décembre 1921, *Clunet*, 1922.416.

Le cinquante-huitième Congrès des Notaires de France a approuvé cette thèse dont l'intérêt pratique l'a séduit. Le rapporteur, Me Collot avait notamment déclaré : « Ainsi se trouveraient déjà éliminés définitivement nombre de procès dont la seule existence apporte plus de trouble dans les esprits que d'avantages réels » (1).

Le professeur Perroud, commentant l'arrêt de la Cour de Besançon, avait cru en réfuter la solution, en posant cette question : « Si aucune de ces lois (lois nationales et loi de célébration) n'est suffisante seule, comment leur accord sera-t-il décisif ? » (2). Autant dire : comment un plus deux peuvent-ils faire trois, alors que ni un ni deux ne font trois ? Quoiqu'il en soit, cette argumentation ne concerne pas la thèse de M. Louis-Lucas, pour qui la loi de célébration l'emporte, qu'elle coïncide ou non avec les lois nationales.

56. Deux personnes de même nationalité s'étant mariées à l'étranger suivant la forme locale, cela signifierait qu'elles ont rompu avec leur pays d'origine. Mais est-ce vrai en pratique ? De nombreux étrangers qui viennent chercher du travail en France y rencontrent parmi leurs compatriotes leur futur conjoint. Selon la ville où ils se trouvent, il leur est plus simple de se marier devant l'officier d'état civil français et malgré les raisons très contingentes qui les ont poussés à ce choix, ils gardent la ferme intention de revenir au pays natal. Ils y retourneront si, par exemple, comme il est arrivé en Italie, les conditions d'embauche s'y améliorent. Ou alors, s'ils y voient leur avantage, ils iront dans un autre pays, en Allemagne ou en Belgique, par exemple. Leur assujétissement à la loi française accélérerait l'assimilation de ces étrangers. Mais faut-il entreprendre l'assimilation de gens qui repartiront deux ou trois ans plus tard ? Le profit serait nul pour la France et la tentative contraire aux exigences de l'harmonie internationale.

Les techniciens ou les enseignants français dans les pays « en voie de développement » peuvent se trouver dans les mêmes conditions. Il est souhaitable que, s'ils comptent revenir un jour en France, leur régime matrimonial soit un régime français.

Contraindre tous ces gens à se marier devant leur consul ne favorise pas les relations internationales et ne facilite pas le mariage. Ne vaut-il pas mieux en tout état de cause simplifier la vie juridique des personnes ?

D'ailleurs la forme consulaire est-elle prévue par tous les pays (3) ? « La célébration de mariages par des agents consulaires est un legs de l'époque du territorialisme et des débuts de l'Etat national qui ne semble digne ni d'être conservé, ni d'être réintroduit, quand bien même une telle tendance rétrograde s'est imposée à l'encontre de

(1) *Congrès des Notaires*, p. 110 et les résolutions du Congrès, *Revue*, 1960.442.
(2) J. Perroud, note sous Besançon, 28 juillet 1930, *Clunet*, 1931.649.
(3) Cf. H. Batiffol, in *Le Droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, p. 87.

l'Allemagne » écrit M. Murad Férid en analysant le droit international privé allemand des effets patrimoniaux du mariage (1).

57. Lorsque les deux époux sont de nationalités différentes, la loi de célébration mérite-t-elle davantage de l'emporter ? Le choix fait indique certes des liens avec un pays. Mais ces liens ne seront pas toujours assez forts pour fonder une règle de rattachement. « Il n'est pas rare, en effet, que les époux se marient dans un pays, par exemple, celui dont l'un d'eux, notamment la femme, est ressortissant, pour le quitter aussitôt et ne jamais y revenir, s'établissant à titre définitif dans le pays où le mari exerce sa profession » (2). Il arrive que le mariage soit célébré dans le pays de la femme comme une concession ou une consolation pour les parents que leur fille va quitter pour suivre son mari. Ou plus simplement parce que l'usage le veut ainsi. Le lieu de célébration n'est donc pas suffisamment caractéristique. « Le contrat de mariage n'est qu'une projection sur les biens du mariage lui-même », écrit M. Savatier (3). Le régime matrimonial est certes étroitement lié au mariage, mais à l'état de mariage beaucoup plus qu'à la cérémonie. M. Louis-Lucas parle d'un mariage français ou suisse. Mais la couleur nationale du ménage et de la vie matrimoniale importe beaucoup plus que celle de la célébration. « Le véritable lieu du mariage est celui de son exécution », déclarait un juriste américain (4).

58. On ne peut donc suivre M. Louis-Lucas, lorsqu'il affirme que les époux choisiraient dans le cadre de son système le lieu de la cérémonie en fonction de la loi à laquelle ils voudraient se soumettre, car, même en admettant qu'ils le fassent, il serait excessif de les y contraindre.

Sa thèse ne rencontre d'ailleurs guère de succès. La loi du lieu de célébration avait, par exemple, été écartée sans discussion en 1908 par la Société d'Etudes Législatives (5). On se refuse à admettre la loi de célébration à titre principal (6). Pourtant, M. Louis-Lucas ne

(1) Cf. H. Batiffol, in *Le Droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, p. 106.

(2) Rapport de M. Batiffol à la séance du 21 mai 1955 (*Comité de Dr. int. pr.*, 1956, p. 159).

(3) R. Savatier, note sous Req., 4 juin 1935, D.P., 1936.I.7.

(4) Wharton cité par H. Cachard, « Du régime matrimonial applicable à l'union célébrée en France sans contrat nuptial entre un Américain et une Française », *Clunet*, 1885.280.

(5) *Soc. d'Et. Législ.*, 1908.86.

(6) Cf. cependant : Trib. civ. Seine, 11 mars 1904, *Clunet*, 1907.434. La compétence de la loi de célébration a paru si évidente au tribunal qu il ne s'en explique pas et que la solution reste implicite. Trib. civ. Seine, 16 janvier 1924, *Gaz. Pal.*, 1924.I.642 ; dans le cadre de l'autonomie de la volonté, cette décision se fonde sur le seul indice de la célébration. Civ., 4 avril 1881, *Clunet*, 1881.426, « ... il est constant que les époux Lesieur, mariés sans contrat de mariage dans l'Etat de Virginie doivent, suivant leur volonté présumée, être réputés avoir choisi les dispositions du code de cet Etat comme règle de leur association conjugale ».

proposait rien d'autre que l'extension d'une solution retenue en 1950 pour le projet de réforme du Code civil dont l'article 37 était ainsi conçu : « Le régime matrimonial des époux qui se sont mariés sans faire de contrat est soumis à la loi qui régit leur état à l'époque du mariage.

« Lorsque cette loi ne leur est pas commune ou n'admet pas la validité du mariage, le régime matrimonial est soumis à la loi du lieu de célébration du mariage.

Dans le cas où les époux se marient devant un agent diplomatique ou consulaire, le régime matrimonial est soumis à la loi du pays dont relève cet agent » (1).

Mais la sous-commission avait proposé la loi du premier domicile commun au lieu de la *lex loci celebratus*. En 1955, le Comité français de droit international privé a pris une résolution tendant, d'une part à refuser le rattachement du régime matrimonial à l'état des personnes et d'autre part à substituer la loi du domicile matrimonial à la loi de célébration du mariage. Cette dernière n'aura donc figuré que cinq ans dans un projet de réforme (2).

Le lieu de célébration n'est, somme toute, qu'un mauvais succédané du domicile. L'avantage essentiel du critère du domicile, c'est que le plus souvent, grâce à lui, les époux seront soumis au régime du pays dans lequel ils vivent et exercent leurs activités. Le lieu de célébration compromet cet avantage au profit d'une plus grande facilité de détermination de la loi compétente. Mais dans la mesure où l'on recherchera cette plus grande sécurité, on sera amené à préférer à ce critère celui de la nationalité.

SECTION IV

LA LOI NATIONALE

§ 1er. — Doctrine, législation et jurisprudence française

59. En l'état actuel de notre droit international privé, vouloir retenir la compétence impérative de la loi du domicile, c'est certes adopter une théorie personnaliste, mais une théorie personnaliste quelque peu dénaturée.

En effet, la loi personnelle par excellence, c'est la loi nationale dont la compétence se fonde sur l'article 3, alinéa 3, du Code civil : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger ». « La jurisprudence n'a pas hésité à voir dans cette disposition l'admission d'un principe

(1) *Revue*, 1950.115 ; cf. aussi P. V. analytique de la réunion du 13 janvier 1949, *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, 1948-1949, p. 779 et s.
(2) *La Codification du Dr. Int. Pr.*, p. 292, art. 69.

plus général en vertu duquel le statut personnel est régi par la loi nationale » (1).

Si la jurisprudence française, à qui les deux voies étaient ouvertes, a choisi l'autonomie de la volonté de préférence au personnalisme, c'est que la compétence de la loi du domicile ne se justifiait pas très bien d'un point de vue personnaliste. Or par fidélité à la solution mais non au fondement des arrêts anciens, la jurisprudence s'estimait liée au critère du domicile. A vrai dire, une certaine confusion avait régné au début du XIXe siècle et il semble qu'on n'ait pas immédiatement distingué ce que la loi nationale pouvait apporter de neuf au sujet. Ainsi Foelix confond domicile et nationalité (2). Les expressions de lieu du domicile de l'individu et de territoire de sa nation ou patrie peuvent être employées indifféremment, dit-il. D'ailleurs l'article 17, alinéa 4, du Code civil dans sa première rédaction liait de même implicitement ces deux notions, en prévoyant que la qualité de Français se perdrait « enfin par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour ». Evidemment la réciproque n'était pas certaine. « Acquerrait-on automatiquement la nationalité française par un établissement définitif en France ... La question était controversée » (3). Elle n'a été tranchée dans la négative que par les lois du 22 mars et du 3 décembre 1849. Selon Marcadé, « quelques jurisconsultes, notamment Delvincourt (t. I) raisonnant par argument *a contrario* ... veulent qu'on regarde comme Français celui qui s'est établi définitivement en France sans esprit de retour dans son pays et dont l'intention sous ce rapport est suffisamment manifeste » (4). D'ailleurs depuis le début de la Révolution jusqu'au Code civil, la législation sur la manière d'acquérir la qualité de Français a tant varié et a passé par des stades de si grande indulgence (5) qu'au début du siècle tout étranger établi depuis quelques années en France avait acquis d'une manière ou d'une autre, sous une loi ou sous une autre, la qualité de Français.

Toujours est-il que l'on ne faisait pas toujours une distinction très nette entre nationalité et domicile à tel point qu'en 1875 encore un arrêt de la Cour de Bordeaux confond les deux notions : « Il est de principe que lorsqu'un Français épouse hors de France une étrangère sans faire un contrat de mariage, c'est la nationalité du mari et, par conséquent, la loi de son domicile, qui détermine pendant tout le cours de l'union le régime conjugal... » (6).

(1) H. Batiffol, « Conflit de lois », in *Encyclopédie Dalloz, Rép. Dr. civ.*, n° 4.
(2) Foelix, L. I, t. I, sect. I, nos 27 et 28, p. 52 et s. (spécialement, p. 56).
(3) F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil*, t. I, p. 109.
(4) V. Marcadé, *Cours de Droit civil français*, t. I, p. 115.
(5) Par exemple, selon la Constitution de 1793, devenait français tout individu né à l'étranger qui était domicilié en France et y vivait de son travail à condition qu'il ait eu 21 ans sous l'empire de la Constitution. Cf. *Répertoire Dalloz*, t. XVIII, éd. 1870, Droits civils, titre 2, chap. 2, sect. 2, § 1.
(6) Bordeaux, 2 juin 1875, *Clunet*, 1876.182 ; Aix, 18 août 1870, D.P., 1872.V. 123 ; Metz, 9 juin 1852, D.P., 1852.II.189.

60. Et dans l'hypothèse où l'on ne confondait pas nationalité et domicile, il était certainement plus pratique, au début du XIXe siècle, de s'en tenir au domicile. Pour la nationalité, en effet, il aurait très souvent fallu, outre le conflit de lois dans l'espace, trancher un conflit de lois dans le temps et, sinon, du moins déterminer si le paragraphe 4 de l'article 17 du Code civil devait être interprété comme attribuant automatiquement ou non la nationalité française aux étrangers s'établissant définitivement en France.

Il faut, en outre, ajouter pour expliquer la préférence donnée à la loi du domicile plutôt qu'à la loi nationale que, dans le premier tiers du XIXe siècle et même au-delà, les juridictions ont eu surtout à déterminer le régime matrimonial d'époux mariés sous l'empire des coutumes d'Ancien Régime. Et la notion de nationalité ne pouvait être d'aucun secours pour trancher un conflit interprovincial de coutumes (1).

Ces raisons n'empêchent pas Bugnet, l'annotateur des œuvres de Pothier, d'écrire, en refutant la solution du vieux maître : « Comment supposer que le futur mari étranger n'entend pas que sa société conjugale, quant aux biens, sera régie conformément aux lois de son pays ? Comment supposer que la femme qui va devenir étrangère veut cependant que la loi française régisse une société entre deux étrangers » (2) ? C'est qu'elles ne valent déjà plus au temps où il écrit.

Cependant, la progression du mouvement de l'autonomie de la volonté accapare les esprits jusque vers la fin du XIXe siècle, et le personnalisme ne se manifeste guère ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine. Mais dans les dernières années du siècle et pendant le premier quart du XXe, on assiste à une triple offensive en faveur de la loi nationale, dans la jurisprudence, dans la doctrine et sur le plan législatif.

61. A vrai dire, la jurisprudence témoigne de sa faveur pour la loi nationale surtout par le biais de la loi d'autonomie (3). Quelques décisions de juridictions du fond essaient d'imposer impérativement la loi nationale (4). « Elles sont l'exception et n'ont point fait autorité »,

(1) Cf. par exemple : Civ., 25 juin 1816, S., 5e vol., p. 209 ; Req., 25 février 1829, *Répertoire Dalloz*, 1852, t. XIII, p. 63, note 1 ; Civ., 7 février 1843, S., 1843.I.282.

(2) P. J. POTHIER, *Œuvres*, t. VII, p. 64, n° 21, note 1.

(3) Aix, 7 février 1882, S., 1883.II.110 ; Req., 18 mai 1886, D.P., 1887.I.278 ; Trib. civ. Seine, 9 juin 1905, *Clunet*, 1905.1040 ; Monaco, 16 mars 1912, *Clunet*, 1912.1263 ; certaines décisions adoptent un moyen terme entre autonomie et statut personnel : Trib. civ. Nice, 11 août 1891, *Clunet*, 1893.890 : « Il est de principe que l'association conjugale des époux qui se marient en pays étranger est régie par la loi de la nationalité du mari... la présomption est, en effet, que celui-ci n'a pas entendu renoncer au statut personnel qui le suit partout ». Cf. de même : Trib. civ. Toulouse, 10 mai 1907, *Revue*, 1907.771 et Trib. civ. Seine, 16 novembre 1901, *Clunet*, 1902.137.

(4) Trib. civ. Seine, 28 juillet 1892, *Clunet*, 1892.1177 : « Attendu que les époux Homans, mariés sans contrat, étaient soumis au régime légal de la com-

dit M. Jacques Donnedieu de Vabres. On trouve, d'ailleurs, même à partir du moment où la poussée du « nationalisme » a décru, quelques décisions qui font figure d'accidents et qui consacrent la loi nationale à titre impératif.

Le 9 décembre 1925, c'est un arrêt de la Cour de Colmar qui déclare : « Attendu qu'il n'est pas contesté que les époux Knecht sont mariés sans contrat de mariage ; qu'ils sont de nationalité suisse, et que ce sont par conséquent les règles du droit civil suisse qui règlent leurs rapports matrimoniaux » (1). Dix ans plus tard, un jugement du Tribunal de Strasbourg semble se prononcer en faveur du personnalisme et de la loi nationale. Mais il s'agissait en réalité d'un conflit d'annexion et c'est en application de l'article 15 E.B.G.B. que les juges ont pu appliquer la loi du mari. Pourtant ils fondent subsidiairement leur solution sur l'autonomie de la volonté. « Attendu que Georges Kieffer et Claire-Marthe Knauth, en contractant mariage à Berlin à une époque où ils avaient tous deux la nationalité allemande, se soumettaient implicitement, mais nécessairement, au régime de communauté d'administration, qui est le régime matrimonial de droit commun de la législation allemande, tel qu'il est établi par les articles 1363 et suivants du Code civil allemand » ;

« Attendu qu'en effet l'article 15 de la loi d'introduction du Code civil allemand édicte que « le régime matrimonial est fixé d'après les lois allemandes quand jusqu'à l'époque du mariage le mari était allemand » ;

« Attendu que si même cette disposition législative n'existait pas ou si l'on s'efforçait par d'artificieuses constructions juridiques d'en écarter l'application, ce n'en serait pas moins le régime matrimonial allemand de droit commun qui déterminerait les rapports pécuniaires des époux ; »

« Attendu qu'en effet, voulût-on en dépit de l'article 15 précité et en se refusant à rattacher au statut personnel la fixation du régime matrimonial légal, rechercher pour la détermination de ce régime la commune intention des parties lors du mariage, il n'en faudrait pas

munauté des biens, conformément à la loi de Californie, qui était celle de leur statut personnel au temps de leur union ». Le statut personnel dépendait-il en l'occurrence de la loi nationale ou de la loi du domicile ? Le jugement n'en dit rien. Les époux étaient américains. Cf. aussi Seine, 1er mars 1893, *Clunet*, 1894. 127 ; Trib. civ. Seine, 20 août 1884, *Clunet*, 1885.76. Selon cette décision, les époux ne peuvent adopter par contrat de mariage un régime ou des dispositions que leur loi nationale prohibe ; Trib. civ. Seine, 3 mai 1902, *Clunet*, 1903.366 ; Trib. civ. Seine, 14 février 1919, *Clunet*, 1919.1061 ; Trib. civ. Tunis, 29 janvier 1908, *Clunet*, 1909.745 ; Trib. civ. Tunis, 5 juin 1901, *Clunet*, 1904.187 ; Trib. civ. Tunis, 9 mars 1905, *Revue*, 1907.606 et *Clunet*, 1906.445. Selon la Cour d'Alger (31 décembre 1884, *Clunet*, 1885.440) les époux israélistes étrangers voient leur régime matrimonial régi par leur statut personnel, c'est-à-dire par la coutume particulière suivie dans la communauté de leur nationalité d'origine.

Cf. J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence*, p. 293, note 1.

(1) Colmar, 9 décembre 1925, *Clunet*, 1927.108 et *Rev. jurid. Als.-Lorraine*, 1926.310.

moins présumer que deux époux allemands qui se marient en Allemagne entendent se soumettre à leur loi nationale ...» (1).

A une époque plus récente, la Cour d'Orléans et la Cour de Douai ont repris la thèse «nationaliste» sans la prudence du Tribunal de Strasbourg (2). L'arrêt de la Cour d'Orléans a provoqué certaines réactions doctrinales. Pour M. Batiffol, il s'agit d'une erreur de non spécialistes. En effet, les juges, au lieu de déterminer la loi compétente selon la règle de rattachement du for, parce que les parties étaient portugaises, retinrent «que d'après l'article 1167 du Code civil portugais les époux sont réputés ... mariés conformément au droit commun du pays». Mais, dit-il encore, cet arrêt est... «l'occasion de souligner combien la compétence de la loi nationale en matière de régime matrimonial et de successions trouve d'échos dans la structure mentale du juriste français ... L'explication du phénomène est donc le lien intime qui unit dans l'esprit des juristes français la loi nationale, non seulement à l'état des personnes, mais encore aux règles parrimoniales liées au droit de la famille. La constatation a son prix dans le problème du choix entre la nationalité et le domicile pour la détermination du statut personnel». L'arrêt de la Cour d'Orléans a été cassé le 4 janvier 1956 par la Cour suprême qui, étant toujours demeurée fidèle à l'autonomie de la volonté, a empêché le mouvement «nationaliste» de se développer.

62. Pourtant la majorité de la doctrine a été vers 1900 conquis par celui-ci. Pillet écrivait : «Si l'on croit avec nous que le droit international privé a pour devoir strict de conserver aux lois la plénitude de leur autorité, il n'est pas douteux que les époux mariés sans contrat, dans des conditions telles qu'un conflit de lois vienne se produire sont soumis à un régime légal et non pas à un régime conventionnel. Ce régime ne peut être que celui que consacre la loi narionale du mari. La corrélation étroite existant entre le contrat civil et le contrat pécuniaire de mariage est telle que l'on ne saurait songer sérieusement à faire prévaloir ici une autre loi» (3). On peut s'étonner que Pillet, écartant la thèse de la convention tacite n'en persiste pas moins à parler de contrat. Néanmoins, sa position est fort nette et il la défendit longuement dans le rapport qu'il fit sur la question à la Société d'Etudes Législatives (4).

(1) Strasbourg, 24 juillet 1935, *Clunet*, 1937.320, note Nast. Cf. vers la même époque Trib. civ. Seine, 4 mai 1937, D.H., 1937.372 qui consacre la compétence de la loi nationale, du moins à défaut de volonté contraire exprimée.

(2) Douai, 7 juin 1955, *Clunet*, 1956.680, observ. J. B. Sialelli ; Orléans, 11 janvier 1954 (*Adao*), *Clunet*, 1954.788, note J. B. Sialelli ; *Revue*, 1955.313, note H. Batiffol ; *Gaz. Pal.*, 1954.I.179. Cf. aussi Nancy, 14 mai 1957, cassé par Civ., 23 décembre 1958, *Bull.*, 1958.I.472, n° 578.

(3) A. Pillet, *Principes*, p. 461.

(4) A. Pillet, Rapport *Soc. d'Et. Législ.*, 1909, Quest. 19, p. 429 ; *Revue*, 1909.678 ; *Mélanges A. Pillet*, t. II, p. 91. Pillet avait déjà exposé son point de vue dans son «Essai d'un système général des conflits de lois», *Clunet*, 1896.20 et s.

C'est en Italie que ce mouvement en faveur de la personnalité du régime est né (1). Mais il s'est très vite propagé aux Pays-Bas (2), en Belgique (3), en Suisse (4) et dans bien d'autres pays. En France, dès 1875, Louis Renaud fait une allusion à la thèse (5) qu'il défendra très vite plus nettement (6). Un conseiller à la Cour de cassation, Féraud-Giraud, se montrera plus timide lorsqu'il écrira : « Je pense qu'à défaut de conventions matrimoniales ou d'intention contraire manifestée par les parties, c'est la loi nationale qui devra être suivie » (7). C'est là adopter une présomption en faveur de la loi nationale au sein du système de l'autonomie et non opter pour le personnalisme. Cette position moyenne était aussi celle de Despagnet (8), de Durand (9), de Weiss (10), de Rougelot de Lioncourt (11).

Bartin allait plus loin (12) : « Le régime légal des biens entre époux étant un régime imposé par la loi, grâce au jeu d'une présomption légale sur laquelle nous n'avons plus à revenir, les conjoints qui le subissent faute de l'avoir écarté régulièrement, le subissent à raison de l'autorité que peut s'arroger sur eux la loi qui le leur impose. Or la seule loi qui ait qualité pour s'arroger sur eux ce pouvoir, pour leur imposer ce régime et la présomption légale sur laquelle il repose, est la loi générale qui régit leurs personnes, la loi de leur pays d'origine, en un mot, leur loi personnelle. C'est parce que les conjoints sont français qu'ils sont soumis à défaut de contrat, à la présomption établie par la loi française, et au régime légal qui en est la conséquence ». Pour Feuilloley, « une règle aussi simple et aussi précise que celle fondée sur la loi nationale du mari donnerait aux époux et aux tiers traitant avec eux une sécurité absolue. D'autre part, une telle disposition législative est éminement rationnelle. Par l'effet du mariage, la femme suit la nationalité du mari. Les rapports personnels des époux sont déjà régis par la loi nationale du mari ; pourquoi n'en serait-il de même de leurs intérêts pécuniaires ? Pourquoi scinder et placer les rapports pécuniaires et les rapports personnels sous l'empire de lois différentes » (13) ?

(1) P. S. Mancini, Rapport à l'Institut de Droit international, *Clunet*, 1874. 294 et 299 ; P. Esperson, *Clunet*, 1881.209.

(2) T.M.C. Asser et A. Rivier, n° 49, p. 112 et n° 8.

(3) A. Rolin, *Principes*, t. III, n° 1075.

(4) G. Pollis, *Du régime matrimonial des époux mariés sans contrat en droit international*, p. 3 et s.

(5) L. Renaud, « De la succession *ab intestat* des étrangers en France et des Français à l'étranger », *Clunet*, 1875.426, note 1.

(6) L. Renaud, *Rev. crit. législ. jurisp.*, 1883.729.

(7) Féraud-Giraud, *Clunet*, 1885.386.

(8) F. Despagnet, *Précis*, n° 326, p. 946 et s.

(9) Durand, *Essai de Droit international privé*, p. 337.

(10) A. Weiss, *Manuel*, p. 490 et s.

(11) Rougelot de Lioncourt, *Conflit de lois personnelles*, 1883, p. 202 et s. Cf. aussi F. Bayssat, *Du contrat de mariage en Droit international privé*, thèse, 1887.

(12) E. Bartin, note sous Alger, 2 mai 1898, D.P., 1898.II.457.

(13) Feuilloley, note sous Paris, 26 juillet 1910, D.P., 1912.II.25. Cf. aussi Neveu, *Du régime des biens entre époux au point de vue du Droit international*

63. La Commission d'études d'un projet de loi sur le régime légal des étrangers mariés sans contrat avait au sein de la Société d'Etudes Législatives et sous l'influence de Pillet qui y exerçait les fonctions de rapporteur, retenu le système de la compétence impérative de la loi nationale du mari. Elle s'était prononcée d'abord à l'unanimité en faveur du caractère impératif du critère à retenir. Saleilles, ayant fait remarquer que l'on se prononçait de ce fait pour le statut personnel et que dans ce statut c'est la loi nationale des époux que l'on doit faire prévaloir, la Commission s'était ralliée à son opinion. Par la loi nationale des époux, il fallait entendre loi nationale du mari (1). A la séance plénière de la Société, le 10 juin 1909, Larnaude, sans grande illusion, essaya de défendre le point de vue des partisans de la loi d'autonomie. Ambroise Colin lui répondit : « Quelque avantage que puisse présenter la loi du domicile, c'est faire œuvre à peu près vaine aujourd'hui que de se mettre en travers du mouvement de la doctrine et des conventions internationales qui se précipitent dans le sens de l'application de la loi nationale » (2). On admit cependant que les époux étrangers mariés en France pourraient opter pour la communauté française devant l'officier d'état civil.

64. Mais le texte adopté par la Société allait rester à l'état de projet. En 1924, pourtant un autre texte fut voté sans discussion par la Chambre des députés et rejeté par le Sénat pour des raisons de forme (3). Ce nouveau texte était d'inspiration nationaliste, non seulement en ce sens qu'il retenait le critère de la nationalité, mais encore parce qu'il favorisait par des dispositions unilatérales l'application de la loi française. En effet, cette dernière était compétente, outre le cas du mari français, chaque fois qu'un mari étranger était domicilié avec sa femme française en France. Mais en 1924, la doctrine et la jurisprudence avaient déjà évolué et n'étaient plus guère favorables au critère national : la solution soumise au Parlement paraissait rétrograde. Faut-il voir là un danger de légiférer en matière de conflits de lois ? En 1929, la Société d'Etudes Législatives décidait de substituer la loi du domicile à la loi nationale dans un nouveau projet. En 1950, le projet de Codification du droit international privé retient à nouveau la compétence de la loi natio-

privé, thèse, 1883, p. 146 et s. ; J. Jacquey, *Rev. algér.-tunis.*, 1886.75 ; Ch. Brocher, *Nouveau Traité*, t. I, n° 74, p. 225 ; n° 82, p. 245 ; G. Dreyfus, *L'acte juridique*, p. 391 à 403 ; De Vareilles-Sommières, t. II, p. 998 et s. ; M. Nast, note sous Trib. civ. Strasbourg, 15 octobre 1923, D.P., 1924.II.41.

Lainé a été lui aussi tenté par le personnalisme, si en fin de compte il est revenu à l'autonomie de la volonté (*Clunet*, 1907.912 et 913).

(1) *Soc. d'Et. Législ.*, 1909, P. V. de la 1re, 2e et 3e séances de la Commission, p. 83, 84 et 235.

(2) *Soc. d'Et. Législ.*, p. 449 et s.

(3) Selon Niboyet (*Revue*, 1929.213). Si le Sénat n'a pas conservé le texte « c'est avant tout pour des raisons de forme, parce qu'il n'était évidemment pas à sa place dans un projet sur la nationalité ».

nale, du moins pour le régime des époux de même nationalité (1). Mais une résolution du Comité français de droit international privé écarte cette solution (2).

65. Avant que la Société d'Etudes Législatives n'élabore son projet de 1909, la Quatrième Conférence de droit international privé à La Haye en avait adopté un qui allait aboutir (3). Selon l'article 2, alinéa 1, de cette Convention, en l'absence de contrat les effets du mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage. L'article 5 décidait que les effets du contrat de mariage et la possibilité de se référer à une autre loi dépendaient également de la loi nationale du mari.

Cette Convention intéressait alors sept Etats (4). Pour sa part, la France l'approuva par une loi du 7 avril 1909 (5) et la promulgua le 23 août 1912 (6). mais elle la dénonça à compter du 24 juin 1917 (7). Son existence fut donc courte en France et les décisions jurisprudentielles qui s'y rapportent sont rares (8). Bien entendu, la jurisprudence aurait pu généraliser la solution, l'étendre aux conflits qui n'étaient pas soumis à la Convention. Elle ne l'a pas fait. De nombreuses décisions intervenues avant la promulgation ou même après (9) n'en tiennent aucun compte et ne lui accordent pas même une valeur doctrinale. La Convention n'ayant pas d'effet rétroactif, les juges pouvaient légitimement ne l'appliquer qu'aux mariages intervenus entre août 1912 et juin 1917. Le Tribunal civil de Saint-Etienne déclare : « La recherche de cette volonté s'impose même depuis la promulgation en France des dispositions de la Convention de La Haye du 17 juillet 1905 pour les mariages célébrés antérieurement, ces dispositions n'ayant aucun effet rétroactif à défaut d'un texte spécial, et ne pouvant être considérés comme présentant un caractère interprétatif de l'intention des parties contractantes » (10). Or dans l'exposé des motifs de la loi du 7 avril 1909, on pouvait lire : « Nous ne dirons pas, avec certains, que cette résolution a été prise parce que la loi nationale domine toute la matière du mariage, ni même avec d'autres que l'absence de contrat implique l'absence d'intention de choisir un régime matri-

(1) Art. 37 et 38 (*Revue*, 1950.111).
(2) *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1956.25.
(3) Quatrième Conférence de La Haye, 17 mai 1905, cf. *Revue*, 1905.793 et P. Missir, *Revue*, 1906.49.
(4) Allemagne, France, Pays-Bas, Italie, Portugal, Roumanie, Suède.
(5) *J.O.*, 9 avril 1909 et *Revue*, 1909.380.
(6) *J.O.*, 28 août 1912.
(7) Décret du 5 décembre 1916, *J.O.*, 20 janvier 1917.
(8) Cf. Aix, 21 mars 1950, *J.C.P.*, 1950.II.5673, note G. R. Delaume.
(9) Par exemple, Toulouse, 23 janvier 1913, *Clunet*, 1913.945.
(10) Trib. civ. Saint-Etienne, 21 janvier 1914, *Revue*, 1914.583. Cf. également Grenoble, 6 novembre 1923, D.H., 1924.56 ; D.P., 1924.II.41, note M. Nast et surtout Cass., 7 mai 1926, Répertoire t. X, p. 636, n° 203.

monial ; mais, au contraire, nous prétendons que l'absence de contrat implique chez les époux étrangers se mariant en France la volonté d'adopter le régime imposé par leur loi nationale » (1).

La réticence des juridictions à l'égard de la Convention est allée beaucoup plus loin : la Cour d'Aix, se ralliant à la thèse du Tribunal de Nice, a refusé d'appliquer leur loi nationale à deux Italiens, mariés le 27 décembre 1912 à Monaco et domiciliés en France (2). Son argumentation était la suivante : la Convention « n'étant applicable que sur les territoires européens des Etats signataires, ainsi qu'il résulte du paragraphe premier de l'article 12, ne s'appliquant même pas aux territoires extra-européens des Etats contractants », *a fortiori* ne devait pas s'appliquer sur le territoire d'Etats non-signataires. Or « la Principauté de Monaco sur le territoire de laquelle a été célébré le mariage (est) un Etat indépendant qui n'a jamais adhéré à cette convention ». La Cour de cassation fut obligée de rappeler le sens de l'article 12 qui « n'avait pas pour objet de subordonner l'application du principe formulé par l'article 2, prescrivant sans aucune restriction, ni réserve la référence à la législation nationale du mari, à cette condition que la célébration ait eu lieu sur tel ou tel territoire déterminé ; que le sens de cette disposition afférente uniquement à l'application territoriale de la Convention, était que seuls les tribunaux siégeant dans les territoires européens des Etats contractants devaient se soumettre aux règles de droit international privé édictées par cette Convention et par suite aux dispositions de l'article 2 précité » (3). La portée de la Convention était d'ailleurs définie sans équivoque par l'article 10 : « La présente convention n'aura pas d'application lorsque, d'après les articles précédents, la loi qui devrait être appliquée ne serait pas celle d'un Etat contractant ».

Le Tribunal de la Seine refusera purement et simplement d'appliquer la Convention en déclarant qu'elle « ne saurait être invoquée à l'encontre du principe toujours admis en droit français, savoir la faculté pour les tribunaux de rechercher dans les circonstances de fait la commune intention des époux ... » (4).

66. Cette Convention et les résistances qui se sont manifestées à son application ont permis de constater combien la tradition de l'autonomie restait solidement implantée en France malgré le mouvement personnaliste. On a dit qu'elle a marqué le début de

(1) *Lois Nouvelles*, 1912.II.492 et s.

(2) Trib. civ. Nice, 26 janvier 1925 ; Aix, 21 avril 1926, *J.C.P.*, 1927.113, note J. Mihura ; *Clunet*, 1927.1105.

(3) Civ., 27 juillet 1929, D.H., 1929.490. La Cour d'Aix se conformera à l'interprétation de la Cour suprême en 1950 (21 mars 1950, *Revue*, 1951.289, note Y. Loussouarn ; *J.C.P.*, 1950.II.5613) et appliquera la Convention à des époux mariés le 16 novembre 1911.

(4) Trib. civ. Seine, 11 février 1935, cité par J. Lisbonne, « Le régime matrimonial des Etrangers mariés sans contrat », *Clunet*, 1935, p. 731.

la réaction et que la victoire remportée en cette occasion par les personnalistes contenait en elle les germes de la défaite. « La Convention, à vrai dire, ne prend pas parti dans la controverse ; elle ne consacre, d'une façon absolue, aucun des deux systèmes en présence : tous les Etats peuvent suivre, dans la pratique, les règles qu'elle a adoptées, sans abandonner pour cela leurs préférences doctrinales » (1). Mais adopter des règles obligatoires au nom de l'autonomie de la volonté, c'est vider cette théorie de toute sa substance. Lainé, délégué français et rapporteur du projet, reconnaissait lui-même que la France pourrait « objecter à la règle qu'on lui propose qu'elle est incompatible avec son propre système ». « Mais, ajoutait-il, dans les rapports internationaux l'observation d'une rigoureuse logique n'est pas nécessaire » (2). Pourtant, les réticences de la jurisprudence s'expliquent en grande partie par cette contradiction. Si l'accord a été si vite dénoncé, ce sont cependant d'autres causes, plus politiques qui ont joué. On s'est, en effet, aperçu qu'un système général de conflit de lois fondé sur la loi nationale convenait mal à un pays d'immigration.

« Les Conventions de La Haye cadrent par contre avec les aspirations et les visées de certaines puissances dont elles servent les intérêts ... L'Empire allemand et l'Italie qui n'ont que peu d'étrangers sur leur territoire ne courent aucun risque à admettre, à consacrer dans leurs législations le système de la personnalité du droit, et à le propager par voie de traités qui servent leurs intérêts... L'Allemagne a un plan dont elle poursuit la réalisation avec méthode et ténacité ... En somme, la conception allemande tend à utiliser l'édifice des Conventions de La Haye pour organiser une véritable mainmise des autorités allemandes sur leurs ressortissants et les biens de ces derniers situés en pays étranger ... Ce régime a un nom, il s'appelle les Capitulations et aucun Etat digne de ce nom ne peut souscrire à une pareille *capitis deminutio* ... Dans ces conditions la dénonciation par la France des Conventions de La Haye venant à échéance était une mesure de défense et de préservation nécessaire », lit-on à propos de la dénonciation par la France des premières conventions en 1914, dans un article anonyme (3). En 1917, bien entendu, l'on n'était pas revenu sur de telles idées (4).

67. En 1930, pourtant, un traité entre la France et l'Italie reprit partiellement la thèse de la loi nationale. « L'état et la capacité des personnes et les rapports de famille entre nationaux, y compris

(1) E. Audinet, « Le régime matrimonial et le contrat de mariage d'après la Convention de la Haye » *Revue*, 1910.289.

(2) A. Lainé, « La Conférence de La Haye », *Clunet*, 1907.897 et s., spécialement p. 915 et 916.

(3) *** « La dénonciation des conventions de La Haye du 12 juin, 1902 », *Revue*, 1914.364 et s.

(4) *** « La dénonciation des Conventions de La Haye du 17 juillet 1905 », *Revue*, 1917.171.

le régime matrimonial des époux sans contrat de mariage, seront régis par la loi nationale des intéressés ». Ce texte était considérablement moins important que la Convention de La Haye, car d'une part, il ne s'agissait que d'un accord bilatéral, d'autre part il ne prévoyait pas le cas des ménages mixtes et enfin il ne disposait que pour le régime légal à l'exclusion du contrat de mariage. Cependant, la jurisprudence ne lui a pas réservé un meilleur accueil et sa vie ne fut pas plus longue, puisque, ratifié le 7 janvier 1935 (1), il a été emporté par la guerre et non remis en vigueur au Traité de paix.

Aujourd'hui il ne reste plus rien en France de ces tentatives législatives. Mais il n'est pas impossible que l'on en revienne un jour à la compétence de la loi nationale pour les cas où les époux seront de même nationalité. Mais même alors la loi nationale jouera un rôle moins important que dans maints pays étrangers.

§ 2. — Les solutions étrangères

68. Une rapide étude de droit comparé fait apparaître que de nombreuses législations consacrent la compétence de la loi nationale du mari, en particulier parmi les pays européens les plus proches de nous.

L'influence de Mancini a été prépondérante en Italie où le Code civil de 1942, en son article 19, n'a fait que reprendre en supprimant toute équivoque la solution que l'on tirait de l'article 6 du Code de 1865 (2). L'article 19 du Code de 1942 est ainsi conçu : « Les rapports patrimoniaux entre époux sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage ... ». Le Code de 1865 était loin d'être aussi clair. Mais Esperson écrivait en 1881 (3) : « Que telle ait été l'intention du législateur, cela résulte des procès-verbaux de la Commission de coordination ... L'article 6, tel qu'il avait d'abord été rédigé, n'assujettisait à la loi nationale que l'état et la capacité des personnes, et suivait en cela le système adopté par les autres législations. Mais un des membres de la Commission proposa d'assimiler les rapports de famille à l'état et à la capacité des personnes. Le but de cette disposition complémentaire, ainsi que s'exprimait ce membre de la Commission, est de régler d'une façon uniforme les droits de famille, tel, par exemple, que le droit d'usufruit accordé aux parents, etc... Le principe relatif aux rapports patrimoniaux entre père et fils doit aussi s'appliquer aux rapports patrimoniaux entre mari et femme ». Que le régime matrimonial

(1) Traité du 3 juin 1930, article 11 ; Cf. *J.O.*, 20 janvier 1935, J. Lisbonne, *Clunet*, 1935.732 ; Colette Chavrier d'Hostes, *Les conventions bilatérales franco-italiennes*, 1959, p. 260,

(2) Cf. Trib. Cuneo, 13 février 1935, *Clunet*, 1936.688 ; *contra* : Palerme, 2 juin 1899, *Clunet*, 1902.363 (en note).

(3) P. Esperson, *Clunet*, 1881.214.

soit un statut personnel devait paraître d'autant plus évident que l'article 1381 de l'ancien Code interdisait aux époux de choisir un régime différent de ceux prévus par la loi à laquelle ils sont soumis. On comprend dès lors que soient soumis en Italie à la loi nationale, non seulement le régime légal, mais aussi les contrats de mariage.

69. L'article 15 du Code civil grec du 15 mars 1940 est ainsi conçu : « Les rapports patrimoniaux entre époux sont régis par la loi nationale du mari à la date de la célébration du mariage ». Il en va de même en Espagne (1), au Portugal (2), en Egypte, en Syrie (3), au Siam (4). Au Japon, la loi nationale du mari s'applique sauf « lorsqu'un étranger se marie avec une femme japonaise et lorsqu'il est adopté par un Japonais pour devenir le mari de sa fille » (5).

En Allemagne, le système est plus complexe (6). Mais la règle de base est la compétence de la loi nationale du mari (7). Une exception est prévue sous certaines conditions (8) au profit de la *lex loci situs* et d'autre part, les étrangers domiciliés en Allemagne (9) peuvent faire un contrat de mariage, alors même que la loi nationale du mari le leur interdirait. En Finlande, l'article 14, alinéa 2, de la loi du 5 décembre 1925, réglant certains rapports de droit familial, donne compétence à la loi du mari. Mais lorsque ce dernier est étranger, il doit s'en prévaloir devant le tribunal de son domicile, si celui-ci est fixé en Finlande, et sinon devant le Tribunal d'Helsinki. Le système correspond à un choix entre la loi du mari et la loi finlandaise. Les Pays-Bas qui, à l'instar de l'Allemagne restent liés à la Convention de La Haye, après avoir primitivement professé la doctrine de l'autonomie de la volonté, adoptent la loi nationale si elle est commune aux époux. L'article 6 de la loi du 15 mai 1829 (10) qui est la traduction de notre article 3, alinéa 3, régirait les effets même pécuniaires du mariage (11). D'où il résulte que la

(1) Article 1325 du Code civil, malgré une réserve en ce qui concerne les immeubles qui sont soumis en matière d'organisation de la propriété à la loi de situation.

(2) Article 1106 et 1107 du Code civil.

(3) Egypte : article 13, al. 1, du Code civil de 1948 ; Syrie : art. 14, al. 1, du Code civil du 16 mai 1949.

(4) Article 22 de la loi du 10 mars 1939. Cf. aussi article 10 de la loi chinoise sur l'application des lois étrangères du 5 août 1918.

(5) Article 15 de la loi du 21 juin 1898 contenant les règles générales pour l'application des lois.

(6) Article 15 de la loi introductive au B.G.B. du 18 août 1896.

(7) Par exemple, Kammergericht, 22 décembre 1936, *Clunet*, 1937.830.

(8) Cf. *supra*, n° 23.

(9) Cf. *supra*, n° 47.

(10) Rédaction du 26 avril 1917, « Les lois concernant les droits, l'état et la capacité des personnes s'appliquent aux Néerlandais même s'ils résident à l'étranger ».

(11) Trib. Bois-le-Duc, 10 juin 1904 et Bois-le-Duc, 27 juin 1905, *Clunet*, 1908.920.

solution vaut également pour les régimes conventionnels. Le droit néerlandais est beaucoup plus incertain pour le cas des époux de nationalités différentes (1). On argue du fait que la Convention de La Haye a été élaborée à une époque où la femme prenait automatiquement la nationalité du mari. Certains auteurs et certaines décisions optent pour la loi nationale du mari (2) ; d'autres rejettent cette solution, mais hésitent à en proposer une autre : « C'est une règle sûre de droit international privé néerlandais que lorsque les parties sont de même nationalité leur régime matrimonial soit déterminé par leur loi nationale. Si elles sont de nationalités différentes à l'époque de la célébration, mais que la femme en vertu de la loi nationale du mari et de la sienne propre acquiert la nationalité de son mari, la loi nationale de ce dernier devenant commune aux époux désignera le régime matrimonial. En ce qui concerne les régimes matrimoniaux, en dehors de ces deux cas, si l'on demande quelle est en droit positif la loi applicable, j'y répondrai par un point d'interrogation » (3). La jurisprudence est trop rare pour que la question soit tranchée.

Le projet du Bénélux retient la compétence de principe de la loi nationale avec d'importantes concessions à la loi du domicile (4).

La Convention de La Haye, dénoncée par la France, la Belgique et la Suède, reste en vigueur notamment en Roumanie, en Hongrie et en Pologne. Dans ce dernier pays, la compétence de la loi nationale résulte, en outre, de l'article 14, alinéa 1er, et de l'article 15 de la loi du 2 août 1926 sur le droit international privé (5). L'article 16 contient une réserve identique à celle de l'article 28 de la loi introductive au B.G.B. allemand : « Les articles 14 et 15 ne sont pas applicables aux immeubles des époux lorsque l'Etat sur le territoire duquel des immeubles sont situés exige que, par rapport à ces biens, sa propre loi soit observée ». En Tchécoslovaquie, la loi nationale des époux est compétente, mais en cas de différence de nationalités, la loi tchécoslovaque l'emporte (6). Le Maroc a, lui aussi, opté pour la loi nationale du mari, alors qu'il était pourtant sous Protectorat français (7).

70. Cette longue énumération démontre amplement que le système de la loi nationale rencontre autant de faveur à travers le monde que celui de la réalité ou celui de la loi du domicile. Il convient d'y ajouter le cas de la Belgique qui mérite d'être spécia-

(1) P. W. Van der Ploeg, traduction Janssens, in *Notariat Latin*, p. 987 et s.

(2) Cf., par exemple, Tribunal d'Harlem, 8 novembre 1955, *Clunet*, 1959.500.

(3) P. W. Van der Ploeg, *Notariat Latin*, p. 995.

(4) Cf. *supra*, n° 47.

(5) Il existe aussi un projet de loi en Hongrie qui reprend cette disposition, article 80, projet de loi sur le droit international privé.

(6) Article 15 de la loi du 11 mars 1948. L'article 17 est analogue à l'article 16 de la loi polonaise.

(7) Article 15, Dahir du 12 août 1913.

lement envisagé, non seulement parce qu'il s'agit d'un pays voisin et de législation fort semblable, mais encore parce qu'il est acquis au personnalisme depuis peu. La jurisprudence belge était autrefois unanime à se décider pour la loi d'autonomie (1). Longtemps elle avait suivi l'exemple français, consacrant d'abord le système personnaliste de Dumoulin et se ralliant avec un certain retard à l'autonomie intégrale sous l'influence de Laurent. Pour celui-ci, considérer le régime matrimonial comme une dépendance de l'état des personnes n'était rien d'autre qu'un expédient malheureux (2). Cependant, la poussée personnaliste qui s'était assez vite résorbée en France devait l'emporter en Belgique. Un jugement du Tribunal de Bruxelles, du 7 avril 1924 opte expressément pour le personnalisme : « Attendu que si, dans le mariage, le contrat relatif aux personnes est de statut personnel, il faut considérer que le contrat relatif aux biens ne l'est pas moins, à cause de son étroite dépendance vis-à-vis du premier, le régime matrimonial étant, en effet, l'accessoire par rapport au mariage » (3). Le Tribunal d'Anvers réplique l'année suivante à cette argumentation, « que dans ce domaine le principe de l'autonomie de la volonté est tout-puissant ; que cela est vrai, soit que les parties expriment cette volonté dans un accord constaté en due forme, soit que, ne le faisant pas, elles adoptent implicitement un régime de droit commun ; qu'en effet, dans ce dernier cas, la cause immédiate de l'adoption de ce régime est encore une convention, ni formelle, ni expresse sans doute, mais virtuelle et implicite » (4). Entre temps d'ailleurs, le Tribunal de Bruxelles avait rendu un nouveau jugement écartant la compétence de la loi du domicile, mais cette fois avec des arguments conformes à la théorie de l'autonomie (5). Mais la Cour de Bruxelles en 1926 proclame la compétence de la loi nationale du mari sur des bases personnalistes (6). Cinq ans plus tard, elle se dédit, déclarant que le régime matrimonial relève de la volonté des parties, révélée par leur intention d'établir leur domicile en tel ou tel lieu (7).

La situation est donc confuse, la jurisprudence hésite. Après être revenu en 1933 (8) à l'autonomie de la volonté en déclarant « que ce n'est qu'à défaut de pouvoir déterminer cette volonté qu'il faut appliquer la loi nationale de l'époux », l'année suivante, le Tribunal de Bruxelles, une nouvelle fois, change de solution et opte pour la loi nationale (9). Le Tribunal de Furnes (10), indécis

(1) *Notariat latin* 1963, « Le droit belge », par F. Rigaux, p. 27 et s. Cf., par exemple, Bruxelles, 12 décembre 1911, *Clunet*, 1913.1322.
(2) F. Laurent, t. V, p. 400.
(3) Trib. Bruxelles, 7 avril 1924, *Clunet*, 1926.195.
(4) Trib. Anvers, 26 décembre 1925, *Clunet*, 1926.1056, note C. B.
(5) Trib. Bruxelles, 2 décembre 1925, *Clunet*, 1927.186.
(6) Bruxelles, 16 juin 1926, *Clunet*, 1928.1103.
(7) Bruxelles, 13 juin 1931, *Clunet*, 1932.788.
(8) Trib. Bruxelles, 29 mars 1933, *Clunet*, 1935.682.
(9) Trib. Bruxelles, 15 janvier 1934, *Clunet*, 1935.682.
(10) Trib. Furnes, 11 juillet 1933, *Clunet*, 1935.682.

devant cette confusion, refuse de choisir entre les systèmes : « Attendu que de l'ensemble de ces circonstances il résulte qu'en l'espèce, quel que soit l'un des quatre systèmes auquel le Tribunal s'arrête, il devra toujours décider que les biens des époux B.V. sont soumis au régime de droit commun anglais, puisque, au moment de leur mariage, le lieu de célébration, le domicile du mari, le domicile matrimonial et la loi nationale du mari concouraient à soumettre les biens à la loi anglaise ».

Cependant, la situation va s'éclaircir, car le Tribunal et la Cour de Bruxelles consacreront dorénavant fermement la compétence de la loi nationale du mari (1). La Cour de Liège et le Tribunal de Mons se rallient à cette jurisprudence (2). Mais la Cour de Gand (3) et celle d'Anvers (4) résistent et restent fidèles à l'autonomie de la volonté. On ne peut donc pas dire que le principe de la compétence de la loi nationale soit unanimement consacré, mais comme la majorité de ces affaires sont jugées à Bruxelles, le principe est accueilli par la jurisprudence dominante. Cependant, aucun arrêt de la Cour de cassation n'a tranché la question.

§ 3. — Etude critique

71. Les partisans de la personnalité du régime matrimonial commencent généralement par condamner la théorie de l'autonomie de la volonté et cette condamnation les mène à leur propre système. « Il faut résolument écarter tout système dont l'effet serait de faire dépendre le choix du régime matrimonial légal d'une volonté tacite des parties » (5). La Cour de Bruxelles est même incitée par son parti-pris contre l'autonomie de la volonté à préférer la loi nationale à la loi du domicile, sous prétexte que les partisans de cette dernière justifient le plus souvent leur thèse par « la présomption que la volonté des époux s'est tacitement exprimée pour ce régime par le choix qu'ils ont fait librement de leur domicile matrimonial au moment du mariage ou immédiatement après ». Cette argumentation est évidemment spécieuse. Certains partisans de la loi nationale ont également justifié leur point de vue par un appel à l'autonomie de la volonté (6). Vacheron, par exemple, écrit : « Lorsque

(1) Bruxelles, 17 avril 1940, *Revue pratique du notariat belge*, 1940.423 ; Bruxelles, 7 juin 1943, *Clunet*, 1946.49.107 ; 24 mai 1954, *Revue*, 1955.701, note H. Batiffol ; *Clunet*, 1955. 960, note R.A. ; 21 juin 1954, *Clunet*, 1955.952, note R.A. ; Trib. Bruxelles, 11 février 1959, *Revue de Dr. Int. et de Dr. comparé belge*, 1959.243 ; Bruxelles, 16 mai 1960, *Clunet*, 1962.1056.

(2) Trib. Liège, 13 mars 1961, *Clunet*, 1962.1060 ; Liège 4 mars 1959, *Clunet* 1962.1058 ; Trib. Mons, 25 avril 1959, *Clunet*, 1962.1060.

(3) Gand, 21 février 1951, *Pasycrisie*, 1951.II.61.

(4) Anvers, 26 mai 1955, cité in *Clunet*, 1962.1058.

(5) Bruxelles, 24 mai 1954, *Revue*, 1955.701, note H. Batiffol ; *Clunet*, 1955. 960, note R.A.

(6) Cf. A. Weiss, Durand (*Essai de Dr. Int. privé*, n° 161, p. 337-338) ; F. Despagnet (*Précis*, p. 944).

les époux sont de même nationalité, il nous semble que le système qui doit être préféré est celui qui rattache le régime matrimonial à la loi nationale du mari ...» (1). Même si l'on ne veut pas faire dépendre la loi compétente d'une présomption de choix, on ne peut repousser un critère sous prétexte qu'il pourrait correspondre à la volonté des époux.

Des arguments plus positifs sont cependant développés en faveur de la loi nationale. Et d'abord, on fait état des liens étroits qui unissent le régime matrimonial au mariage. Cet argument bien sûr ne vaut que dans la mesure où le mariage lui-même et ses effets personnels sont gouvernés par la loi nationale. En France, avec la jurisprudence *Rivière*, il ne joue plus que pour le cas des époux de même nationalité. Dans l'arrêt de la Cour de Bruxelles du 24 mai 1954, il est affirmé notamment « que le contrat de mariage a pour raison d'être le mariage lui-même ; que ce contrat règle des intérêts si importants pour la vie domestique qui s'organise, qu'il n'est comparable à aucun autre contrat de la vie civile ; qu'il affecte directement et profondément la vie de famille ...». En bref, l'interdépendance du régime matrimonial et du mariage se résume en une formule : pas de mariage sans régime, pas de régime sans mariage.

Une idée voisine et qui dans une certaine mesure en est la simple conséquence, c'est que les effets personnels et les effets pécuniaires du mariage ne sont pas fondamentalement différents. Niboyet écrivait : « Il est aisé, au point de vue de la technique, de montrer l'interdépendance du régime matrimonial et des autres effets du mariage. Ainsi en France jusqu'à la réforme de 1938, la femme mariée, quel que fût son régime matrimonial, était en raison du seul fait de son mariage frappée d'incapacité et placée sous la puissance maritale : dans ces conditions, tout régime matrimonial qui assurait à la femme des pouvoirs incompatibles tant avec son incapacité qu'avec la puissance maritale, était frappé de nullité irrémédiablement. Ces considérations nous conduisent à soumettre, en principe, le régime matrimonial, légal ou non, à la loi qui régit les effets du mariage» (2). « Les liens, dit-il encore, sont étroits et constants entre les questions de statut personnel et celles de régime matrimonial, de sorte qu'on ne comprend pas très bien comment on a pu avoir l'idée de les séparer pour les soumettre à des lois différentes» (3).

Cette opinion est partagée par divers auteurs qui n'en adoptent pas toujours pour autant une théorie personnaliste. M. Batiffol écrit : « Un des nombreux griefs que l'on peut adresser au système français de la liberté de choix des époux quant au régime matrimonial, c'est qu'il soumet à deux lois différentes les effets person-

(1) Vacheron, *Le régime matrimonial des époux mariés sans contrat*, thèse, 1914, p. 82.
(2) J. P. Niboyet, *Traité*, t. V, p. 399.
(3) J. P. Niboyet, note sous Civ., 17 novembre 1924, S., 1925.I.113.

nels et les effets patrimoniaux du mariage» (1). M. Louis-Lucas relève de son côté : « Il est logique et désirable pour assurer une vraie cohésion du foyer, que ce soit une même loi qui, au moins en son principe, régisse tous les effets du mariage» (2).

En outre, la loi nationale offre l'avantage de correspondre « à la structure mentale» non seulement des juristes, mais des Français en général. « Comment supposer que le futur mari étranger n'entend pas que sa société conjugale quant aux biens sera régie conformément aux lois de son pays», remarquait déjà Bugnet (3). Et Mme Simon-Depitre propose cette question : à deux Français installés à l'étranger, le juge français ne sera-t-il pas irrésistiblement tenté d'appliquer la loi française ? (4).

La loi nationale est simple et sûre. La loi réelle aboutit à dissocier le régime matrimonial ; le système de la loi nationale en préserve l'unité. Le domicile est parfois difficile à déterminer, la nationalité généralement non. L'autonomie de la volonté aboutit à une grande incertitude ; la loi nationale ne laisse pas place au doute.

72. Un obstacle pourtant à l'assimilation des effets pécuniaires aux effets personnels du mariage, c'est que pour déterminer la loi qui gouverne ces derniers, on tient compte des circonstances de rattachement au moment où ces effets doivent se produire et si ces circonstances changent, la loi compétente changera également. Or généralement les partisans du statut personnel eux-mêmes repoussent cette conséquence de leur système en ce qui concerne le régime matrimonial. L'article 19 du Code civil italien précise, par exemple, en son alinéa 2 : « Le changement de nationalité des époux n'influe pas sur les rapports patrimoniaux sauf en cas de conventions entre les époux, basées sur leur nouvelle loi nationale commune». De même, l'alinéa 2 de l'article 15 de la loi d'Introduction au Code civil allemand prévoit : « Si, après avoir contracté mariage, le mari acquiert la nationalité allemande, ou si des époux étrangers ont leur domicile en Allemagne, on applique au régime matrimonial les lois de l'Etat auquel appartenait le mari lors de la conclusion du mariage. Néanmoins, les époux peuvent faire un contrat de mariage, alors même qu'ils ne jouiraient pas d'une semblable faculté aux termes de cette dernière loi». Il est à remarquer que les législations italienne et allemande admettent que le changement de la circonstance de rattachement puisse exercer une influence sur le régime matrimonial. Mais cette influence ne s'exercera que si les époux en manifestent la volonté par un contrat de mariage. Tout se passe comme si l'on disait aux époux : vous avez un jour accepté d'être soumis à un certain régime matrimonial,

(1) H. Batiffol, note sous Civ., 4 janvier 1956, *Revue*, 1956.99.
(2) P. Louis-Lucas, « Les principes directeurs posés par le projet de Codification du Droit International privé français », *Revue*, 1951.613.
(3) Cf. R.J. Pothier, *Œuvres*, t. VII, p. 64, n° 21, note 1.
(4) M. Simon-Depitre, *Revue*, 1961.326.

mais les circonstances ont changé. Ratifiez-vous votre acceptation ou la reprenez-vous ? C'est somme toute reconnaître que le régime même légal n'est pas un effet automatique du mariage, mais que la volonté a bien un rôle à jouer dans son établissement. C'est donc une atténuation du personnalisme. Le projet de réforme élaboré par une Commission du *Deutscher Rat für internationales Privatrecht* assimile totalement effets pécuniaires et effets personnels. D'après ce projet, émané d'un conseil privé, la loi régissant le régime matrimonial changerait en même temps que les circonstances de rattachement (1).

Une autre raison plus évidente encore explique cette disparité de régime entre les effets personnels et les effets pécuniaires du mariage. Pour ces derniers, le statut des biens est intéressé, et non seulement celui des personnes. Ces biens faisant l'objet du commerce juridique, le statut qui les concerne n'intéresse pas seulement les époux, mais également les tiers qui doivent être à l'abri de variations qu'ils ne peuvent prévoir. De même, il faut éviter qu'un époux par le biais d'un changement des circonstances de rattachement puisse frauder les droits de son conjoint. Ces raisons n'ont pas été ignorées par les partisans du critère national. Pillet écrit : « Les auteurs sont unanimes à déclarer que le changement de nationalité ne peut avoir aucune influence sur le régime légal auquel ils sont soumis ». Et il ajoute : « Cela paraît nécessaire. Mais il faut bien convenir que dans la théorie du statut personnel cette immutabilité se concilie mal avec les principes. Les rapports personnels des époux changent lorsqu'ils changent de nationalité ; si leurs rapports pécuniaires sont dans le domaine du même statut, pourquoi, dira-t-on, un changement semblable ne s'effectuerait-il pas ? Sans doute, ce sont les inconvénients pratiques qui font que l'on apporte une exception aux principes ... Mais encore, même appuyée sur des raisons pratiques sérieuses, une solution se passe difficilement d'une base juridique ; cette base se trouvera dans l'idée du respect international des droits acquis » (2). Mais pourquoi le mariage engendre-t-il des droits acquis dans ses effets pécuniaires et non dans ses effets personnels ? Pour justifier son point de vue, Pillet doit en revenir à l'idée de contrat : « Si nous considérons le régime légal national comme un contrat que la loi impose aux époux mariés sans contrat, ce contrat, bien qu'imposé, demeure soumis aux règles des contrats. Or il est certain que lorsqu'un contrat est fait, il est fait pour toute la durée qu'il doit avoir ; il engendre des droits acquis et un changement de situation des personnes qui y ont été parties ne peut avoir sur lui aucune influence ». Somme toute, Pillet reprend pour expliquer la portée du régime dans le temps, l'explication que donnait jadis Dumoulin pour justifier son extra-

(1) G. Kegel, « La réforme du Droit International du mariage en Allemagne », *Revue*, 1962.441.

(2) A. Pillet, *Traité*, t. II, p. 228, n° 507.

territorialité. Selon M. Caleb (1), l'idée de Pillet est ancienne : « Nos ressources bibliothécaires nous ont permis de remonter jusqu'à l'année 1661, date à laquelle écrivait Lauterbach à Tubingue. Cet auteur traitant du régime légal des époux mariés sans contrat le soumet à la loi du domicile matrimonial. Cette loi a un fondement contractuel : Tandis que Dumoulin recourut à cette solution à la fin de réaliser l'effet extraterritorial du statut de communauté, notre auteur s'y attache pour mettre le régime une fois adopté à l'abri de changements ultérieurs de domicile (Lauterbach, D. de societ. bonorum conjugal, chap. 2, § 17, Tübingen 1661) ». A Dumoulin, on a reproché de se contredire en fondant la compétence de la loi personnelle sur la volonté des époux qui, disait-on, peuvent vouloir se soumettre à une autre loi. Mais ceux qui, reniant ce fondement, prônent néanmoins la personnalité du régime, quand ils déclarent que celui-ci ne change pas avec la loi personnelle, aboutissent à une autre contradiction, que le système de Dumoulin permettait d'éviter comme Lauterbach l'avait remarqué.

73. D'autres objections que M. Delaume énumère ne détruisent pas seulement les fondements de la théorie de la personnalité du régime, mais mettent en cause l'intérêt pratique et politique de la compétence de la loi nationale. « Il y a longtemps qu'on a fait remarquer qu'il n'était pas dans l'intérêt d'un pays d'immigration, comme l'est malheureusement le nôtre, de se prononcer en faveur de l'application de la loi nationale. Cela conduirait à appliquer trop fréquemment sur notre sol des lois étrangères, ce qui constituerait un premier danger et retarderait l'assimilation des étrangers que nous avons intérêt, au contraire, à accélérer le plus possible » (2). L'assimilation des étrangers commande certes qu'on leur applique la loi française, de même qu'une saine administration de la justice veut que des lois étrangères ne soient pas trop souvent compétentes en France. Mais si un système fondé sur la compétence de la loi nationale eût été effectivement impossible aux Etats-Unis d'Amérique, spécialement à l'époque de l'immigration massive, il faut relever qu'en France une part importante de l'immigration est temporaire seulement. On ne peut imposer le régime légal français à des gens qui quitteront la France au bout de quelques années.

« D'autre part, selon M. Delaume, c'est un système qui n'est même pas pratique, ni pour l'individu étranger fixé en France, ni pour les tiers qui contractent avec lui. Il est de beaucoup préférable de s'en tenir à la loi du domicile de l'intéressé. L'étranger fixé à demeure en France, qui y gagne sa vie, qui y est domicilié, se soucie fort peu, en général, des lois de sa patrie. Il les ignore le plus souvent, et ce qui l'intéresse bien davantage, c'est de savoir quelles facultés lui sont reconnues par les lois françaises ». La

(1) M. Caleb, thèse, p. 333.
(2) G. Delaume, p. 274.

protection des tiers sera, en effet, quelque peu négligée puisqu'on sera amené à appliquer dans leurs relations avec les époux des lois étrangères qu'ils ne connaîtront pas. Mais il leur sera plus facile de connaître la nationalité étrangère de ces époux que de savoir s'ils ont conservé un domicile à l'étranger. Le domicile des résidents temporaires est-il bien fixé en France ou reste-t-il établi dans leur pays d'origine où ils comptent retourner un jour ? Le critère de la loi nationale supprime ce problème. En ce qui concerne les époux eux-mêmes, s'ils se sont installés définitivement en France, il serait certes préférable de leur appliquer la loi française. Mais il est difficile de savoir s'ils sont installés définitivement ou s'ils sont venus pour peu de temps. Et si l'on décide de leur appliquer la loi française, sans chercher à résoudre la question, on en arrive bien vite à supprimer toute règle de conflit au profit d'une application exclusive de la loi du for. Les Soviétiques, dira-t-on, imposent bien leur régime légal chaque fois que les rapports patrimoniaux des époux touchent l' « ordre juridique soviétique » (1), l'un des époux au moins étant russe, ou encore si des étrangers ont établi ou transféré leur domicile en U.R.S.S., ou encore si le mariage a été célébré dans l'Union soviétique. Mais, selon eux, ce régime unique est le seul qui corresponde à la théorie communiste, le seul donc qu'ils puissent tolérer. Du point de vue français, le principe de liberté des conventions matrimoniales excluerait, si besoin était, qu'on tire argument d'idées similaires.

L'exemple de l'Italie ou de l'Allemagne montre dans quel sens on peut chercher une solution. Si l'on prévoyait la possibilité pour les époux d'adopter au moment de la naturalisation un régime français, on éviterait à la fois de ce point de vue les inconvénients du critère domiciliaire et ceux du critère national. On peut penser, en effet, que beaucoup de ceux qui s'installent définitivement en France finissent par s'y faire naturaliser. En tout cas, leur assimilation complète le suppose.

74. A la vérité, les critiques adressées au critère national ne portent vraiment que dans l'hypothèse d'époux de nationalités différentes. Les justifications données à ce critère, de leur côté, ne valent que si les époux sont de même nationalité. Dans le domaine voisin des effets personnels du mariage, la jurisprudence ne retient la compétence de la loi nationale que si elle est commune aux époux.

Le problème est, en effet, tout différent en cas de divergence de nationalité. Deux lois nationales s'opposent. Peut-on donner la préférence à l'une ? Selon l'article 19 du Code civil dans sa rédaction primitive, « l'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari ». Et encore au moment de la Conférence de La Haye de 1905, dans tous les Etats représentés, la femme

(1) A. N. Makarov, « Conception du Dr. Int. privé d'après la doctrine et la pratique russes », *Recueil*, n° 35, 1931.I.473, spécialement p. 569.

prenait la nationalité de son mari. Lainé avait même fait remarquer à ce propos qu'on aurait pu modifier l'article 2 de la Convention et remplacer l'expression « loi nationale du mari » par celle de « loi nationale des époux ». De Boeck avait déjà pu écrire : Comme le régime matrimonial ne prend naissance qu'au moment même du mariage, c'est-à-dire à l'instant où la femme acquiert le domicile ou la nationalité du mari, on est autorisé à penser que, d'avance, la femme a fait sa soumission, quant aux intérêts pécuniaires, à la loi de son mari, qui va la gouverner, elle et sa famille pendant toute la durée du mariage » (1). Pillet souligne encore la rareté des ménages où la femme n'a pas pris la nationalité de son mari (2). Pour ceux à qui le critère national semble bon, les ménages mixtes ne valaient pas la peine qu'on leur réserve une règle de conflit particulière : le mari exerce la puissance paternelle et maritale, sa loi doit l'emporter. Ces raisons expliquent qu'avant 1927 et spécialement lors de la poussée du critère national, on ne se soit guère soucié des ménages de nationalités différentes.

Or, en 1927, une nouvelle législation sur la nationalité est introduite en France. La femme ne prend plus nécessairement la nationalité de son mari. Cette évolution se produit également dans d'autres pays, de sorte que le cas des ménages à nationalités différentes cesse d'être exceptionnel. Depuis 1945, sous l'empire du Code de la nationalité (art. 37), la femme, si elle désire conserver sa nationalité antérieure, doit en faire la demande, alors que sous le régime de la loi du 10 août 1927 elle devait faire une demande pour prendre la nationalité de son mari. Néanmoins, une telle demande ne doit pas être considérée comme anormale ou répréhensible et il ne serait guère opportun de limiter les conséquences du choix.

Le statut du chef de famille, dont le mari conserve le titre a subi des brèches assez importantes pour que M. H. Mazeaud qui les déplore, ait pu intituler un article « Une famille sans chef » (3). « Le rôle de la femme dans le ménage a profondément changé depuis cent cinquante ans. Celle-ci n'est plus uniquement la ménagère confinée dans son foyer ; les nécessités de la vie et aussi le goût de l'indépendance l'ont amenée à travailler, à avoir une profession personnelle... A côté des incidences d'ordre économique et social qui ont marqué leur influence sur les législations concernant le régime des biens des gens mariés, il convient de faire place au rôle qu'a joué en cette matière l'idée d'égalité du mari et de la femme » (4). Mais, dira-t-on, si le mari perd peu à peu ses prérogatives de chef de famille, convient-il d'encourager cette évolution ? Quelle que soit l'opinion qu'on

(1) Ch. De Boeck, note sous Trib. Seine, 5 avril 1887, D.P., 1888.II.265.
(2) A. Pillet, Rapport à la Société d'Etudes Législatives, *Revue*, 1909.684.
(3) H. Mazeaud, « Une famille sans chef », D., 1951, chron. 141. La loi du 13 juillet 1965 a pourtant conservé au mari son titre de chef de famille.
(4) A. Rouast in *Institut de droit comparé, Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, p. 12 et s.

puisse avoir de la question, il ne sert à rien d'élever des barrières artificielles.

Si aujourd'hui la femme préfère garder sa propre nationalité et que, par une démonstration active de volonté, elle a refusé de suivre la nationalité de son mari, on ne peut retenir d'office sans arbitraire la compétence de la loi nationale de ce dernier contre laquelle un courant d'opposition s'est manifesté.

La femme est en droit de prétendre que sa propre nationalité doit être un facteur aussi important que celle de son mari. Pourquoi n'a-t-on jamais songé à soumettre le régime matrimonial à la loi nationale de la femme ? Beaucoup de dispositions concernant les relations pécuniaires des époux visent à protéger la femme. Troplong écrivait : « Les femmes n'ont pas fait les lois, mais les lois ont été faites surtout pour elles » (1). Selon Laurent, « les anciens arrêts du Parlement de Paris penchaient pour le domicile de la femme ; et tel semble aussi être l'avis de Froland. Cela paraissait très naturel, puisque la plupart des avantages matrimoniaux ... regardent la femme » (2). Dans *l'affaire de Wargemont* encore, la Cour de cassation a donné compétence à la loi du domicile de la femme (3). Les raisons qui fondaient cette solution conduiraient aujourd'hui à la compérence de la loi nationale de la femme.

En vérité, l'on ne peut raisonnablement poser en principe la prépondérance ni de la loi nationale du mari, ni de celle de la femme. Que l'on songe, par exemple, à un Belge qui épouserait une Allemande pour aller vivre en Allemagne. Serait-il bon de soumettre ce ménage à la loi belge ? A l'inverse, supposons qu'ils veuillent vivre en Belgique. Serait-il bon de les soumettre à la loi allemande ? A tout le moins, demande M. Loussouarn, ne devrait-on pas appliquer distributivement la loi du mari et celle de la femme ? Et il constate que l'unité du régime matrimonial se trouverait rompue (4).

Mais alors que penser de l'exemple de pays voisins, tels l'Italie, l'Allemagne ou la Belgique qui ont édicté des lois proclamant l'égalité de l'homme et de la femme sans remettre en question la compétence de la loi nationale du mari (5) ? Certes, l'égalité n'est pas vraiment atteinte car, somme toute, la loi nationale du mari peut être plus favorable que la sienne. Mais par quoi justifie-t-on alors sa compétence ? En Belgique, c'est par la qualité de chef de famille du mari, même dans le cas où sa loi ne lui reconnait pas cette qualité (6).

(1) R. T. Troplong, *Traité du contrat de mariage*, I, n° 24.
(2) F. Laurent, t. V, p. 424.
(3) Req., 12 germinal An XIII, *Répertoire Merlin*, conventions matrimoniales, § 2.
(4) Y. Lousouarn, note sous Aix, 21 mars 1950, *Revue*, 1951.289.
(5) Allemagne : Constitution du 8 mai 1949, art. 3, al. 2, loi du 21 juin 1957 ; Belgique : loi du 30 avril 1958 sur l'égalité des époux dans le mariage ; Italie : Constitution de la République du 27 décembre 1947, art. 3, al. 1, art. 29, al. 2 : égalité des sexes. Cf. C. Labrusse-Rion, *L'égalité des époux en droit allemand*.
(6) Cf. *Clunet*, 1963.493, note 5.

Autant dire que la seule justification du système est d'ordre pratique : c'est le système le plus simple. En Allemagne, une Commission privée de juriste a reconnu que la prépondérance de la loi nationale du mari allait à l'encontre du principe d'égalité et qu'il faudrait réformer le système de conflit (1).

(1) Au sein du *Deutscher Rat für internationales Privatrecht*. Cf. G. KEGEL, « La réforme du droit international du mariage en Allemagne », *Revue*, 1962.641.

CHAPITRE III

LA LOI D'AUTONOMIE

SECTION I

L'ÉVOLUTION DES IDÉES

75. Dumoulin a fait triompher le personnalisme en la matière, mais a introduit en même temps la notion de contrat tacite d'où l'on allait tirer la loi d'autonomie (1). M. Carbonnier suggère que l'idée de mettre en avant le rôle de la volonté a pu venir à Dumoulin de la lecture d'Erasme et plus précisément de la Diatribe sur le libre-arbitre (2). Quoiqu'il en soit, l'auteur du Consilium 53 n'avait fait jouer à cette volonté qu'un rôle limité. Et celui qui formula vraiment pour la première fois la règle de l'autonomie de la volonté à propos des régimes matrimoniaux fut Jean Voët (3). qui, après avoir été partisan de la réalité des coutumes, changea d'opinion, du moins en ce domaine. Plus exactement, il estima que le principe de la réalité des coutumes devait aboutir à consacrer en la matière la loi d'autonomie. En effet, en partisan convaincu de la réalité, il réduit le plus possible le domaine du statut personnel et spécialement en exclut les régimes matrimoniaux. Pour lui, les coutumes sont souveraines en leur ressort, c'est par courtoisie qu'une nation admettra parfois de donner compétence à une loi étrangère. Mais toutes les coutumes ne s'imposent pas impérativement aux individus, certaines sont facultatives et peuvent être écartées par une convention expresse ou tacite. Ainsi en est-il du régime matrimonial : les époux peuvent écarter le régime du droit commun par leur contrat de mariage. Ils peuvent aussi implicitement se référer à une autre loi qui ne s'impose pas alors comme loi, mais comme convention des parties.

D'Argentré lui-même admettait que la volonté individuelle pouvait produire des effets extra-territoriaux. Mais Jean Voët emprunte

(1) Le rôle de Dumoulin est contesté sur ce point par Gamillscheg (*op. cit.*, p. 110 et s.).

(2) J. Carbonnier, thèse, p. 600.

(3) Jean Voet, *Commentarii ad Pandectas*, XXIII, titre II, nos 85 et s.

à Dumoulin l'idée que le régime de droit commun est adopté par convention tacite. Cette notion de convention tacite ne lui sert pas à démontrer que le régime est un statut personnel. Puisqu'il dépend de la volonté des époux, il faut déterminer le choix que ceux-ci ont fait. Autrement dit, il faut trouver le contenu de la convention tacite, donc la loi à laquelle les époux se sont implicitement référés.

La théorie de Jean Voët passa inaperçue à l'époque. Dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, cependant, la thèse de Dumoulin en faveur de la compétence de la loi du domicile se trouve ébranlée, la notion d'autonomie de la volonté a fait son chemin et l'on découvre les idées exposées sur le sujet par Jean Voët que l'on félicite d'avoir réparé « l'inconséquence de Dumoulin » (1).

76. L'on peut se demander pourquoi la théorie depuis longtemps exposé par Jean Voët a mis plus d'un siècle à pénétrer les esprits et pourquoi elle s'est imposée alors.

C'est que, sous l'ancien droit, deux lois seulement pouvaient prétendre régir le statut des biens familiaux : la loi de situation des biens d'une part, la loi du domicile d'autre part. A la loi de situation correspondait la théorie de la réalité et à la loi du domicile le personnalisme de Dumoulin. La théorie de l'autonomie ne sert à expliquer aucune solution nouvelle. On n'en verra l'utilité que lorsqu'il s'agira de choisir entre la loi nationale et la loi du domicile. D'abord elle permettra d'expliquer la préférence donnée à la loi du domicile sur la loi nationale. Ensuite, elle fera considérer domicile et nationalité comme de simples indices, entre autres, du choix tacite des époux.

En outre, on s'en tenait, dans l'ancien droit, au cadre de la théorie des statuts, puisque celle-ci suffisait à rendre compte des règles de conflit. « C'est seulement lorsque l'antique théorie des statuts perdit son empire absolu que le principe de l'autonomie put apparaître sous son véritable aspect avec son caractère distinct et indépendant » (2).

Mais surtout à l'époque où écrit Jean Voët, l'idée de l'autonomie de la volonté reste étrangère aux juristes ; elle est trop liée à la conception moderne du droit telle que l'ont développée les philosophes du XVII^e et du XVIII^e siècles. Or ce n'est qu'au XIX^e siècle que cette conception a pénétré et inspiré le droit positif (3). Les thèses de Jean Voët pouvaient dès lors difficilement être acceptées de son temps : au demeurant, lui-même ne poussait pas cette autonomie aussi loin qu'on le fera plus tard. Pour lui, en effet, cette possibilité de se référer à une loi étrangère résultait en quelque sorte d'une

(1) Cf. encore au XX^e xiècle, A. Weiss, t. III, p. 635 ; M. Caleb, thèse, p. 309.
(2) J. Aubry, « Le domaine de la loi d'autonomie » *Clunet*, 1896.466.
(3) L. Olive, *Etude sur la théorie de l'autonomie*, thèse, spécialement p. 20 ; E. Gounot, thèse, p. 26 et s. Cf. également sur le problème : M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, et spécialement le chapitre : « Essor et décadence du volontarisme juridique ».

permission de la loi réelle, qui ne pouvait bien entendu valoir que dans la mesure où les règles édictées par cette dernière étaient supplétives et non pas impératives.

77. Certaines décisions au cours du XIX^e^ siècle ont fait une exacte application de cette théorie. Ainsi un arrêt de la Chambre civile du 4 mars 1857 déterminait d'après la loi d'autonomie le régime légal des époux, la communauté légale française en l'espèce. Mais il estimait que si la prohibition de la loi personnelle des époux, la loi sarde en la circonstance qui interdisait tout régime plus communautaire que la communauté réduite aux acquêts, devait rester sans effet, c'était parce que le statut des biens était réel (1). Aujourd'hui, l'on jugerait qu'une semblable prohibition doit rester sans effet du moment qu'elle n'est pas édictée par la loi d'autonomie. Autrement dit, la compétence de la loi d'autonomie ne s'exerce plus de nos jours dans le cercle de liberté tracé par la loi réelle ou par la loi personnelle, mais elle exclut au contraire la compétence de ces dernières. Auparavant, l'autonomie de la volonté était un aménagement des règles de conflit ; elle est devenue depuis lors une règle de conflit sur le même plan que les autres. Cette extension du rôle de la loi d'autonomie ne sera devenue possible que lorsque l'autonomie de la volonté sera considérée comme le fondement même du droit. Or pour Dumoulin et même pour Voët, la volonté joue certes un rôle en droit, mais non pas le premier. On estimera plus tard qu'un contrat se définit suffisamment par la rencontre de deux ou plusieurs volontés. Et les adversaires de la théorie du contrat tacite eux-mêmes se fonderont dans leur critique sur cette définition, Mais pour les juristes anciens, si beaucoup de contrats s'établissent par un simple échange de consentements, ils ne se réduisent pas pour autant à la volonté des contractants. Cette volonté serait impuissante par elle-même, si le droit ne venait lui prêter sa puissance. L'inconséquence reprochée à Dumoulin n'existe que par l'interprétation anachronique que l'on a donnée de sa pensée et des expressions qu'il utilise pour la formuler. Avec les juristes du XIX^e^ siècle, sous l'influence notamment de Kant et de Rousseau, la volonté de l'individu et son autonomie deviennent le fondement du droit. C'est la volonté qui prête au droit sa puissance. La loi elle-même n'est qu'un accord de volontés, le droit se définissant comme l'ensemble des lois. On peut, dès la Révolution, parler d'une mystique de l'autonomie de la volonté, quoique l'expression elle-même ne se soit introduite en France, semble-t-il (2), que plus tard en provenance d'Allemagne (3).

Toujours est-il qu'en 1896 un auteur estime que le principe de l'autonomie de la volonté est « à peu près incontesté ... et c'est

(1) Civ., 4 mars 1857, S., 1857.I.247.

(2) Cf. J. AUBRY, « Domaine de la loi d'autonomie », *Clunet*, 1896.465 ; A. SCHNITZER, « La loi applicable aux contrats », *Revue*, 1955.459.

(3) Cf. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du Dr. Int. privé*, n^os^ 31 et s.

une rare bonne fortune par le temps qui court» (1). D'ailleurs, selon le même auteur, il est « au-dessus de toute contestation ».

Si donc ce principe a pénétré le domaine des conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, c'est qu'auparavant il a imprégné l'esprit du droit nouveau pour lequel le contrat se réduit à un accord de volontés. Celui-ci ne nécessite aucune forme particulière, et à la limite, peut être resté implicite. Il faudra alors relever les indices susceptibles d'en éclairer l'objet.

78. On se félicite d'autant plus de cette autonomie laissée aux individus que la théorie du droit au XIX^e^ siècle assigne à la loi pour unique rôle la défense des libertés de l'individu. Elle ne doit pas être une entrave à ces libertés, mais plutôt leur rempart. En conséquence, l'ingérence de la loi dans les droits des individus doit être réduite le plus possible. De ce point de vue, pourquoi soumettre impérativement les époux à une loi donnée, alors que le droit interne français laisse aux époux la liberté d'établir le régime de leur choix ? C'est sur les articles 1134 et 1387 du Code civil que les auteurs fondent la loi d'autonomie (2). « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites». « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, et, en outre, sous les modifications qui suivent» (3).

L'article 6 est encore invoqué, qui, en interdisant de déroger aux lois intéressant l'ordre public, admet implicitement qu'on peut déroger aux autres. Il existe des situations que la loi prétend régler impérativement dans un sens déterminé et d'autres dont elle prétend seulement qu'elles soient réglées. Dans ce dernier cas, si elle formule une règle, c'est seulement pour éviter que l'abstention des particuliers intéressés laisse la situation en suspens. En droit international privé, cette idée se traduira par le fait qu'aucune des lois en présence n'impose sa propre compétence ; mais il leur importe à toutes que l'une au moins l'exerce. « L'ordre public exige, dans chaque Etat, que la volonté des parties soit suppléée dans la mesure où elle est restée obscure ou insuffisamment explicite, mais il n'exige pas qu'elle soit suppléée d'une manière plutôt que d'une autre ; l'intérêt de chaque Etat sera donc satisfait du moment qu'une législation supplétive sera reconnue compétente, alors même que ce serait celle d'un Etat étranger» (4).

(1) Cf. J. AUBRY, précité, p. 466 et 467.

(2) Par exemple, F. LAURENT, t. V, p. 426 et s. ; F. SURVILLE, *Rev. crit. législ.jurisp.*, 1897, p. 220 et s., spécialement p. 224 ; F. DESPAGNET, *Précis*, n° 324, p. 942 et s. Ce fondement est celui retenu aujourd'hui encore par la Cour de cassation : cf. Civ., 4 janvier 1956, *Revue*, 1956.99, note H. Batiffol *Clunet*, 1956.156, note P.F. Ryziger.

(3) La loi du 13 juillet 1965 a remplacé le passage final de l'article « et, en outre, sous les modifications qui suivent » par « ... ni aux dispositions qui suivent ». La réforme ne vise en l'occurrence que le style.

(4) L. OLIVE, thèse, p. 51.

Ces raisons expliquent le vif succès remporté par la théorie de l'autonomie après 1850 dans la doctrine française (1). On pensait avoir trouvé la vérité définitive sur la question après correction des erreurs de Dumoulin et que cette vérité était d'ordre scientifique. Laurent n'hésite pas à écrire : « En droit français, la question fameuse qui a divisé les meilleurs jurisconsultes n'en est plus une ... C'est un point acquis à la science ; la communauté légale est une communauté conventionnelle. Cela est décisif dans notre débat ; la *famosissima quaestio* est tranchée définitivement » (2).

79. Un point seulement paraît douteux et prête à discussion Peut-on en même temps prétendre que la loi applicable dépend uniquement du libre choix des époux et ériger un indice en présomption ? N'y a-t-il pas incompatibilité entre la notion de volonté indépendante et celle de présomption ? Selon Surville, « le régime légal n'est pas un statut, c'est une convention dont il faut accepter les conséquences logiques sans avoir la prétention de créer *a priori* des présomptions qui ne peuvent avoir d'autres effets que de les contrarier. Il n'y a point à rechercher un *criterium* là où tout se ramène à une simple question de fait et d'appréciation » (3). Un autre auteur conclut : « Les différents systèmes qui, à l'un ou l'autre titre, créent des présomptions, n'aboutissent qu'à la méconnaissance d'une partie du principe de l'autonomie de la volonté » (4). Et, en effet, édicter une présomption équivaut à l'aveu que la volonté des époux très souvent ne s'exprime pas. Car, ou bien, de l'analyse de l'espèce, on déduira que tel critère est le plus démonstratif. Alors peu importe que ce critère ait bénéficié d'une présomption, puisque de toute façon il l'aurait, en l'occurrence, emporté. Ou bien encore, on déduira que, vu les circonstances, un autre indice est plus fort. Alors, si l'on estime qu'elle est simple, on écartera la présomption et, sinon, on ne pourra plus prétendre donner compétence à la loi d'autonomie. Enfin, une troisième hypothèse est celle où la volonté des époux ne s'est pas manifestée. La présomption est utile. Mais n'est-il pas plus juste de dire en ce cas que la loi d'autonomie ne joue que si la volonté des époux s'est clairement exprimée et de reconnaître que la théorie de l'autonomie ne peut avoir qu'une portée limitée ? Certains auteurs se bornent, dès lors, à constater la prépondérance de fait de tel ou tel indice, sans l'ériger en présomption. Valéry fait état du domicile matrimonial, mais précise que « le juge ne doit pas s'en tenir unique-

(1) Cf. notamment : F. Despagnet, *Précis*, p. 942 et s. ; F. Laurent, t. V, n° 240 ; Paquy, *Revue générale de droit de législation et de jurisprudence*, 1887.297 ; N. Ricaud, *Des régimes matrimoniaux*, thèse, 1887 ; F. Surville, *Rev. crit. légal jurisp.* 1888.261 ; J. Valéry, *Manuel*, p. 1127 et s. ; A. Weiss, *Traité*, t. III, p. 633 et s., etc...

(2) F. Laurent, t. V, p. 426 et s.

(3) F. Surville, *Cours*, n° 372, p. 553. Cf. également F. Laurent, *Principes de droit civil français* (1876), t. XXI, p. 239, n° 202.

(4) E. Enault, thèse, p. 164.

ment à tel ou tel des éléments de la cause ; il doit consulter toutes les circonstances propres à l'éclairer sur la volonté des contractants » (1). Pour Weiss, la nationalité du mari est l'indice le plus révélateur, mais d'après les circonstances peut être contredit par celui du domicile (2). Nationalité et domicile se partagent les faveurs de la doctrine. Mais les auteurs ne prétendent imposer ni l'un ni l'autre comme une règle. Ils présentent leur préférence comme une constatation *a posteriori*.

Pourtant, assez vite, les partisans de l'autonomie seront sur la défensive devant la poussée du personnalisme. Mais la loi d'autonomie a conquis la jurisprudence qui, sauf quelques décisions hétérodoxes, lui est restée fidèle.

SECTION II

L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ A TRAVERS LA JURISPRUDENCE

§ 1. — Le régime légal

80. Le passage du personnalisme selon la tradition de Dumoulin à l'autonomie remonte en jurisprudence à la moitié du XIX^e^ siècle. Mais les premières manifestations en restent timides.

La Cour de Paris, en 1853, ne met pas en cause la compétence de la loi du domicile. Toute l'évolution par rapport aux décisions antérieures tient à une légère différence de ton : « Considérant ... que les étrangers capables de stipuler dans tous les contrats tenant du droit des gens, comme celui dont il s'agit, peuvent, en se mariant en France, accepter tacitement le régime de la communauté établi par la loi, de même qu'ils auraient pu le stipuler expressément dans un acte ; considérant cependant que, pour appliquer ces principes à des étrangers, il ne suffit pas que le mariage ait été contracté en France ; qu'il faut encore que la volonté des contractants se soit manifestée par des faits certains ; considérant que l'établissement d'un domicile, en France, a toujours été considéré comme la manifestation la plus positive de cette volonté ... » (3). Cet arrêt qui se rattache expressément à la jurisprudence antérieure, en donnant le domicile « comme la manifestation la plus positive » de la volonté des époux, laisse pourtant entendre qu'il n'en est pas la seule. Il ne le dit pas, mais on est en droit de comprendre que, si le domicile est incertain, on pourra rechercher d'autres manifestations du choix d'un régime par les époux, plutôt que de vouloir à tout prix dé-

(1) J. VALÉRY, *Manuel*, p. 1130, n° 795.
(2) A. WEISS, *Traité*, t. III, p. 639. Cf. aussi F. DESPAGNET, *Précis*, p. 944, n° 325.
(3) Paris, 15 décembre 1853, D., 1855.II.192 ; S., 1854.II.105.

terminer le domicile. Une telle déduction est d'autant moins aventureuse que l'arrêt relève à l'appui de la présomption tirée du domicile, l'indication d'un choix dans le testament du mari où celui-ci déclare en termes exprès et à plusieurs reprises, s'être marié sous le régime de la communauté.

Le 27 décembre 1854, la Cour d'Aix décide : « Attendu qu'à défaut de stipulations écrites les effets du mariage de deux étrangers, établis et domiciliés en France au moment de leur union, se règlent, quant aux biens, par la convention tacite qui est présumée leur avoir fait adopter le régime de notre communauté légale, alors surtout que d'autres circonstances viennent confirmer cette présomption » (1). Il n'est peut-être pas inutile de remarquer que ces deux espèces concernent des étrangers domiciliés en France et qu'on soumet à la loi française. N'a-t-on pas été conduit à faire intervenir d'autres indices de la volonté des époux que l'établissement de leur domicile en France, parce que ce dernier, dans l'optique de l'époque, pouvait paraître douteux ? Troplong est à la tête de la Cour suprême et il estime qu'il n'est pas facilement admissible que des époux puissent ne pas fixer leur domicile dans le pays de leur nationalité (2). Un arrêt de la Chambre civile rendu sous sa présidence admet pourtant, dans une espèce où un Français avait épousé une étrangère, la compétence de la loi toscane : « attendu que le choix du régime auquel doivent être soumis les intérêts civils des époux dépend de leur volonté et de celle des personnes qui doivent les assister s'ils sont mineurs ... attendu que l'arrêt attaqué constate que la volonté des époux Orsini et celle des personnes qui assistaient Théodora Luci, mineure, lors de son mariage avec Orsini, a été de soumettre les intérêts civils des époux aux lois en vigueur en Toscane ... » (3). Une fois de plus, on déduisait ce choix de la fixation du domicile.

En 1857, un autre arrêt de la Chambre civile formule avec une grande netteté la loi d'autonomie : « La soumission des intérêts civils des époux à tel ou tel régime dépend de leur volonté qu'il appartient aux juges de reconnaître lorsqu'elle n'a point été exprimée dans un contrat de mariage » (4). Il use, en outre, d'une expression que reprendront de nombreuses décisions ultérieures : les époux « devaient, à raison d'un ensemble de circonstances qui révélaient leur volonté commune, et notamment à raison de la fixation de leur domicile matrimonial en France, être réputés avoir adopté le régime de la communauté ». L'adverbe « notamment » sera celui dont la Cour suprême usera plus tard lorsqu'il s'agira d'inciter les juridictions du fond à moins de fantaisie dans l'appréciation de la volonté des époux, quand elles auront abandonné toute présomption

(1) Aix, 27 novembre 1854, S., 1856.II.222 ; D.P., 1857.II.43.
(2) R.T. Troplong, *Traité du contrat de mariage*, art. 1387-1388, n° 33.
(3) Civ., 11 juillet 1855, D.P., 1856.1.9. ; S., 1855.I.699.
(4) Civ., 4 mars 1857, S., 1857.I.247.

en faveur de n'importe quel indice. Mais, en attendant, malgré les affirmations selon lesquelles la volonté des époux est libre et qu'il appartient aux juges de l'apprécier, la jurisprudence ne s'écarte pas du domicile (1).

81. Lorsqu'un Français se mariera à l'étranger et qu'on voudra néanmoins le soumettre à la loi française, on fera appel à son « esprit de retour » pour affirmer que le domicile était resté fixé en France (2). Si la Cour d'Aix insiste surtout sur la nationalité du mari, c'est que, pour elle, nationalité et domicile doivent être considérés comme indissociables (3). En une autre espèce, la même Cour, hésitant entre le critère tiré du lieu du mariage et celui tiré de la nationalité du mari, refusera de choisir entre les deux : « A défaut de convention spéciale, la femme est censée suivre la condition de son mari et celui-ci accepter le statut local ou celui de sa nationalité ... Il est inutile d'opter entre les deux systèmes puisque, dans la cause actuelle, ils aboutissent l'un et l'autre à la même solution » (4). On peut cependant déceler dans l'arrêt une préférence pour la loi nationale, non par principe, mais parce « que ce résultat est ... conforme à leur intention présumée, d'après cette double circonstance qu'ils ont fait enregistrer leur contrat de mariage à la chancellerie du consulat de France, et que, dans le cours du mariage, la dame Malen a consenti hypothèque sur ses immeubles ». Cet arrêt a parfois été interprété comme rompant avec la loi du domicile. Il semble néanmoins que l'hésitation entre le lieu du mariage et la nationalité du mari concerne précisément l'établissement du domicile. L'argumentation de l'arrêt est elliptique. Le raisonnement se reconstitue ainsi : le domicile matrimonial est fixé soit dans le pays d'origine du mari, soit au lieu du mariage. Certaines circonstances faisant incliner en faveur du pays du mari, la loi de ce pays gouvernera le régime de leurs biens.

Un arrêt de la Chambre des requêtes dénote, en 1873, un retour à la pure tradition de Dumoulin : « En l'absence d'un contrat de mariage qui règle les conditions civiles d'un mariage entre personnes de nationalités différentes, la législation sous laquelle elles sont présumées avoir eu l'intention de se placer est déterminée par le lieu où elles se proposaient de fixer leur domicile » (5).

Cependant, l'année suivante, la Chambre criminelle refusera expressément de tenir compte du domicile pour soumettre les époux à leur loi nationale (6). Le musicien Clementi, né à Rome en 1752,

(1) Par exemple, Alger, 16 février 1867, S., 1868.II.48. Cette décision décide en même temps que le régime des biens est un statut réel.

(2) Alger, 1er mai 1867, S., 1868.II.48. Cette décision est dans la tradition ancienne.

(3) Aix, 18 août 1870, D.P., 1872.II.123.

(4) Aix, 8 novembre 1870, D.P., 1871.II.216.

(5) Req., 18 août 1873, D.P., 1874.I.258.

(6) Crim., 12 juin 1874, S., 1878.I.45 ; D.P., 1875.I.333.

était devenu français par le fait de l'incorporation des Etats romains à l'Empire français le 17 mai 1809. La Cour de cassation estima que, bien qu'il fût domicilié et se soit marié en 1811 en Angleterre et bien que Rome, et par conséquent Clementi, aient cessé d'être français en 1815, les conventions matrimoniales des époux « ont été régies par la loi française, et particulièrement en l'absence de contrat de mariage par les dispositions de l'article 1400 du Code civil ». Pourtant, il semble que cette décision s'explique non par un revirement voulu de jurisprudence, mais parce que la Cour suprême uniquement préoccupée de déterminer la nationalité de Clementi à l'époque du mariage et de résoudre un conflit de lois dans le temps, a ignoré le conflit de lois dans l'espace. Le réflexe dont M. Batiffol reconnaît la présence dans la mentalité juridique française a joué en faveur de la loi nationale.

Le Tribunal civil de Marseille s'en tient au critère tiré du domicile (1). L'étranger qui contracte mariage en France devant le consul de sa nation est présumé avoir eu l'intention de conserver son domicile dans son pays natal, et par suite, de rester soumis aux lois de ce pays. Dans la célèbre *affaire Forgo*, la Cour de Bordeaux estime, au contraire, que l'étranger vivant en France n'avait conservé aucun esprit de retour ; c'est donc également la loi du domicile qu'elle applique (2). La même Cour se montrera plus hardie lorsqu'elle proposera de distinguer selon que les époux sont de même nationalité, auquel cas ils suivront leur loi commune, ou de nationalités différentes, auquel cas ils seront présumés avoir accepté la loi en vigueur au lieu de leur domicile matrimonial (3). Mais il faut préciser que, dans l'espèce jugée, ce système aboutit à consacrer une fois de plus la loi du domicile. Pourtant, les magistrats se pénètrent de plus en plus de l'idée que la présomption en faveur du lieu du domicile peut être mise en échec.

82. Alors que le Tribunal de Marseille estime qu'un Italien qui n'a pas demandé sa naturalisation, ni son admission à domicile en France où il vit, a conservé son domicile d'origine en Italie, en appel la Cour d'Aix rejette cette assimilation du domicile et de la nationalité et déclare : « que le domicile le plus certain et le plus prolongé d'un étranger en France, mais isolé de tout autre fait ne serait pas à lui seul une preuve suffisante de cette intention bizarre de garder sa nationalité et de répudier en même temps la loi de son pays » (4).

La Cour d'Aix a, sans doute, été influencée par le mouvement qui commençait à se propager en doctrine en faveur de la loi natio-

(1) Trib. civ. Marseille, 16 mars 1875, *Clunet*, 1876.182.

(2) Bordeaux, 24 mai 1876, S., 1877.II.109 ; D.P., 1878.II.79. Cf. aussi Aix, 12 mars 1878, S., 1878.II.265 ; Bordeaux, 2 juin 1875, S., 1875.II.291, D.P., 1876.II.143 ; *Clunet*, 1876.182, n° 5.

(3) Bordeaux, 23 février 1876, *Clunet*, 1877.237.

(4) Marseille, 19 août 1880 et Aix, 7 février 1882, S., 1883.II.110.

nale. Elle a saisi la possibilité que donnait la loi d'autonomie pour indiquer ses préférences et s'est même référée au statut personnel. Elle a évité de répéter la démonstration du Tribunal de Marseille relative à la conservation du domicile en Italie, mais, par une allusion, elle indique qu'elle l'écarte parce qu'elle la trouve non pas fragile ou artificielle mais superflue : « ... Il en est, à plus forte raison ainsi lorsque l'étranger est un jeune ouvrier de 23 ans, vivant de son travail dans une chambre garnie, condamné par l'humilité de sa condition à une vie nomade, et lorsque d'ailleurs l'indication d'un domicile à Marseille peut s'expliquer pour lui par cette circonstance qu'une résidence de six mois lui était nécessaire pour que son mariage pût y être célébré ». Les juges laissent entendre qu'ils ont admis une douteuse domiciliation en France surtout pour pouvoir, en donnant compétence à la loi italienne, consacrer le critère tiré de la nationalité des époux. La loi d'autonomie a en quelque sorte bénéficié d'une querelle entre deux tendances du personnalisme.

Pourtant, un an plus tard, la Cour d'Aix, pour retenir cette fois le critère tiré de la fixation du domicile des époux, invoquait la nécessité de « substituer leur intention véritable à leur intention légalement présumée ». Les circonstances étaient d'ailleurs telles que l'on ne pouvait pas hésiter sur le choix des époux. Il s'agissait d'un Syrien naturalisé français appartenant à la « religion grecque catholique ». Celui-ci s'était établi au Caire et avait épousé une « sujette ottomane » de la même religion. Le mariage avait été célébré selon le rite de leur confession et ce rite impliquait l'adoption « d'une sorte de régime dotal ». Soumettre les époux au régime de la communauté légale française eût été manifestement contraire à leur volonté. La Cour d'Aix reconnaissait qu'un époux pouvait très bien ne pas répudier sa nationalité et néanmoins opter pour un régime étranger (1).

83. La Cour de cassation, pendant ce temps, reste fidèle à la loi du domicile (2). Il est vrai que l'arrêt de 1881 se préoccupe surtout de la portée de l'article 3, alinéa 2, du Code civil et ne tranche qu'accessoirement la *famosissima quaestio*. De nombreuses juridictions du fond ne sont pas plus audacieuses (3). Suivant qu'on décèle ou non un esprit de retour chez le mari établi à l'étranger, on considère que son domicile est fixé dans son pays d'origine ou

(1) Aix, 22 février 1883, *Clunet*, 1883.170.

(2) Civ., 4 avril 1881, S., 1883.1.63, note Renault ; D.P., 1881.I.381 ; *Clunet*, 1881.426 (mais est-ce la loi du domicile ou la *lex loci actus* ?).

(3) Trib. Seine, 25 janvier 1882, *Clunet*, 1882.74 ; Trib. Bordeaux, 18 janvier 1882, *Clunet*, 1882.539 ; Trib. Bordeaux, 25 mai 1891, *Clunet*, 1893.415 ; Trib. civ. Marseille, 12 février 1885, *Clunet*, 1885.558 ; Pau, 26 juillet 1886, S., 1887. II.127 ; D.P., 1887.II.63 ; *Clunet*, 1889.117 ; Alger, 27 février 1894, *Clunet*, 1894.874 ; Trib. civ. Guelma, 1er avril 1897, *Clunet*, 1898.935 confirmé par Alger, 2 mai 1898, D., 1898.II.457, note E. Bartin ; S., 1900.II.257, note E. Audinet ; *Clunet*, 1899.385 ; Caen, 28 mai 1900, *Clunet*, 1900.982.

dans le pays où il vit avec sa femme. On ne peut trop savoir si la Cour suprême adopte la loi du domicile selon le point de vue de Dumoulin ou dans un sens plus conforme à la théorie de l'autonomie de la volonté. En 1885, cependant, le doute est levé, car la Cour qui avait déjà en 1857 formulé la loi d'autonomie reprend son ancienne formule : « ... à raison d'un ensemble de circonstances révélant leur volonté commune et, notamment, à raison de ce qu'ils demeuraient en France avant leur mariage et de ce qu'ils s'y étaient mariés » (1). Le 18 mai 1886, elle est obligée de reconnaître que des époux israélites marocains mariés à Oran avaient eu l'intention de se conformer aux usages de la communauté juive marocaine, car ils s'étaient mariés selon les usages et dans les formes adoptés au Maroc. Elle prend soin cependant de relever que les époux n'avaient pas un véritable domicile à Oran et qu'ils gardaient l'esprit de retour (2). Mais elle ne va pas jusqu'à prétendre qu'ils avaient conservé leur domicile au Maroc.

Désormais on soumet les époux à leur loi nationale, à moins qu'ils aient établi un domicile définitif à l'étranger, auquel cas c'est la loi de ce domicile qui gouverne leurs relations pécuniaires (3). La différence avec la jurisprudence antérieure, c'est que, tout en donnant la même solution aux conflits, on ne prétend plus que les époux ont conservé leur domicile au pays de leur nationalité lorsqu'on applique la loi de ce dernier (4).

84. Si l'on ne considère que le résultat concret, on peut affirmer que le problème du régime matrimonial est tranché vers 1880 comme il l'était déjà cinquante ans plus tôt et que la jurisprudence n'a pas changé. L'évolution s'est faite dans les motifs. Dans une première période, si l'on appliquait la loi française à des Français mariés en Italie, on disait que les époux avaient un établissement provisoire en Italie, mais qu'ils avaient conservé en France leur véritable domicile. Dans un deuxième stade, on constatait que les époux avaient conservé l'esprit de retour, qu'ils n'avaient pas, par conséquent, un véritable domicile en Italie et qu'à défaut de domicile il fallait les soumettre à leur loi nationale. Dans la dernière époque, on admet que les époux ont un domicile en Italie, mais on estime que le domicile à lui seul n'est pas déterminant et que la loi nationale doit l'emporter si les époux ont gardé l'esprit de retour. Ce n'est qu'à ce troisième stade qu'on oppose le critère tiré du domicile à celui tiré de la nationalité. Le critère qui sera renforcé d'autres indices l'emportera.

(1) Req., 15 juillet 1885, S., 1886.225, note G. Demante.
(2) Req., 18 mai 1886, D.P., 1887.I.277 ; *Clunet*, 1886.456 ; S., 1886.I.243.
(3) Trib. civ. Marseille, 18 août 1885 ; Aix, 15 février 1886, *Clunet*, 1888.395 ; Paris, 5 février 1887, *Clunet*, 1887.190 ; Trib. civ. Nice, 11 août 1891, *Clunet*, 1893.890.
(4) Trib. civ. Seine, 5 avril 1887, D.P., 1888.II.265 ; Paris, 7 décembre 1887, *Clunet*, 1887.334.

Dès lors, sauf dans les cas où domicile et nationalité coïncideront, les juges sonderont la vie des époux pour y découvrir toutes sortes de circonstances propres à appuyer l'un ou l'autre critère. Ce sera l'autonomie intégrale. « Le champ de leurs investigations est illimité », déclare de façon un peu inquiétante le Tribunal de la Seine (1).

On peut penser que très souvent le juge se forge une opinion et qu'il essaye ensuite de l'étayer en tirant argument d'événements divers de la vie des époux, plutôt qu'il ne déduit son opinion de ces événements.

85. La Cour de Paris déclare qu'un Français marié en Italie avec une Italienne a voulu adopter le régime légal italien parce que lors d'un précédent mariage il était déjà soumis à la loi italienne (2). L'argument, tiré de l'expérience d'un précédent mariage aussi inattendu puisse-t-il paraître, est souvent utilisé, un peu comme si le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales liait un individu non seulement par la durée d'un mariage, mais pour tous les mariages successifs qu'il peut contracter (3). Très curieux à ce point de vue est un jugement du Tribunal de Millau (4). Un Français, Hilarion Balsan, avait épousé une Américaine, Fanny Achille, sans contrat de mariage, devant l'officier d'état civil de New York. Les magistrats décidèrent que Balsan avait dû choisir le régime légal new-yorkais, un régime de séparation, de préférence à la communauté légale française parce que lors d'un précédent mariage où il avait épousé une Française, il avait stipulé dans un contrat de mariage la séparation de biens. Une déduction similaire a même assez récemment reçu une approbation expresse de la Cour de cassation dans l'*affaire Dulles* (5) : « ... que d'ailleurs Dulles avait déjà épousé, trois ans auparavant, en la même mairie, une Américaine et qu'à la suite du divorce les droits respectifs des époux avaient été liquidés selon les règles de la séparation de biens ; qu'il est certain que Dulles en épousant en France, sans contrat, une Anglaise en troisième mariage n'a pu penser qu'il allait établir entre elle et lui une communauté de biens ».

En 1889, la Cour de Paris n'avait pas trouvé l'argument tout à fait suffisant et y avait ajouté cette circonstance que, la première femme étant décédée ainsi qu'une fille issue de leur union, il leur avait « fait élever dans le cimetière de Rotola un somptueux monument funèbre dans lequel il s' (était) réservé une place pour lui-même », que la famille de sa première femme était alliée à celle de la seconde et qu'enfin il « (avait) été créé chevalier de la Cou-

(1) Trib. civ. Seine, 16 mars 1899, *Clunet*, 1899.743.
(2) Paris, 12 juillet 1889, *Clunet*, 1889.845.
(3) Cf. Paris, 16 décembre 1901, S., 1902.II.298 ; Lyon, 16 février 1903, *Clunet*, 1904.401 ; Trib. civ. Châteauroux, 6 avril 1903, *Clunet*, 1904.185 ; Trib. civ. Lille, 29 février 1924, *Clunet*, 1925.148.
(4) Trib. civ. Millau, 18 juillet 1903, *Revue*, 1906.200.
(5) Civ., 5 mai 1953, *Revue*, 1953.799, note H. Batiffol.

ronne d'Italie», tous indices très démonstratifs de la volonté de choisir un régime matrimonial. Certes, ces faits et quelques autres également évoqués par la Cour témoignaient des liens étroits de cet homme avec l'Italie. Mais d'autres circonstances témoignaient de ses attaches avec la France. En effet, huit ans avant sa mort, il était revenu dans le pays de sa nationalité, y avait acquis des propriétés et à son décès s'y était fait enterrer, malgré la place réservée au cimetière de Rotola. D'ailleurs, le Tribunal de la Seine en première instance s'était décidé en faveur de la loi française (1). La Cour de cassation ne se prononce pas (2) : les juridictions du fond sont souveraines pour apprécier les circonstances.

Dans la plupart des espèces, on trouvera des indices dans un sens et dans l'autre. Dès lors, il deviendra impossible de prévoir comment les juges trancheront un litige.

86. Le Tribunal de la Seine donne compétence à la loi nationale des époux parce qu'il attribue plus d'importance à la célébration du mariage « suivant les formes et solennités usitées aux Etats-Unis» qu'à l'admission à domicile en France, alors cependant que les époux avaient également fait célébrer leur mariage devant l'officier d'état civil français (3). Le même tribunal applique la loi du domicile (4) parce « qu'il est invraisemblable, en effet, que Bourgeoise (ayant épousé la veuve John avec laquelle il vivait en concubinage pour donner un état civil régulier à l'enfant déjà conçu) ait voulu, au détriment de cet enfant à naître et de ceux qui pouvaient naître ultérieurement de son mariage, attribuer à sa femme la moitié des biens qu'il avait acquis antérieurement à ses relations avec elle, sans son concours, et, en faire bénéficier les enfants que cette dernière avait eus au cours d'une précédente union». La Cour de Paris confirmera ce point de vue, non sans préciser que « la constatation du domicile des époux doit être retenue en tant que contribuant à révéler leur intention, mais non comme étant déterminante du régime de leur union ... Dans cet ordre d'idées, c'est à bon droit que le jugement dont est appel, ayant à interpréter le statut matrimonial des époux Bourgeoise, a basé sa décision sur les faits relatifs tant aux circonstances de leur mariage et de la célébration que sur les actes de la vie civile des époux ... Les faits postérieurs au mariage, et notamment les dispositions testamentaires du *de cujus*, aussi bien que les qualités prises par les parties ou leurs représentants dans les actes successoraux, se réunissent aux faits contemporains pour indiquer quelle est la volonté qui a dû présider à leur accord» (5).

(1) Trib. civ. Seine, 17 avril 1888, *Clunet*, 1888.814.
(2) Req., 9 mars 1891, *Clunet*, 1891.549 ; D.P., 1891.I.459.
(3) Trib. civ. Seine, 8 janvier 1891, *Clunet*, 1891.962.
(4) Trib. civ. Seine, 22 mai 1890, S., 1896.II.273, note A. Pillet.
(5) Paris, 25 novembre 1891, S., 1896.II.273.

Suivant le Tribunal de la Seine, l'homme aurait choisi un régime de séparation afin de ne pas partager sa fortune avec sa femme. Mais s'il a fait état des intentions probables du mari, il n'a pas évoqué celles que pouvait avoir à ce sujet la femme. Celle-ci n'a t-elle pas désiré être mariée sous un régime de communauté pour profiter de la fortune de celui qu'elle épousait et assurer ainsi l'avenir des enfants qu'elle avait eus d'un précédent mariage ? La Cour de Lyon, à propos d'un mari possédant un certain capital, décide pour sa part : « On ne saurait guère douter de l'intention de la femme qui, n'apportant aucune fortune personnelle, avait tout intérêt à adopter le régime français de la communauté ». Et pour prouver que le mari partageait cette intention, les juges relèvent d'abord que son capital n'était pas très important et lui avait seulement permis l'acquisition d'un fonds de commerce de peu de valeur. Et puis ils ajoutent que le régime de communauté était propice à stimuler sa femme au travail : « Rien n'était mieux fait pour exciter les efforts de cette dernière que de partager avec elle les bénéfices qui résulteraient de leur travail commun » (1). Le Tribunal de la Seine, en une autre occasion, prêtera à la femme les mêmes intentions : « se trouvant dépourvue de fortune personnelle, elle avait un intérêt certain à l'adoption de la communauté légale » (2). Parfois c'est la femme qui est fortunée. Le Tribunal de Chartes a eu à apprécier une telle circonstance. La femme a préféré certainement, estime le tribunal, le régime de séparation parce qu'elle n'entendait pas abandonner la gestion de sa fortune. Mais les juges de Chartres envisagent également le point de vue du mari pour relever que les « circonstances indiquent l'intention de la dame Lucie Marchand de se marier sous le régime de la loi américaine, et la complète soumission de Cintrat à ce désir ... A aucun moment Cintrat ne paraît avoir voulu contredire aux intentions de celle qu'il désirait épouser ; ... il était sans fortune et dut accepter les conditions que la veuve Marchand, riche d'environ 80 000 F, voulut mettre à son mariage ». On perçoit dans les motifs du tribunal une nuance de réprobation pour le mari et d'admiration pour la femme. Dans un cas quelque peu semblable, plus récemment, la Cour de Paris tint le même raisonnement (3) : « Le futur époux n'ayant ni profession stable, ni fortune, la future épouse âgée de 35 ans étant pharmacienne et possédant un patrimoine d'une certaine importance en Ecosse ... rien ne permet de présumer que la femme ait eu la volonté d'attribuer une partie de ses biens à son futur époux, au moyen du régime de communauté légale qu'elle ignorait sans doute ».

(1) Lyon, 16 février 1903, *Clunet*, 1904.401.

(2) Trib. civ. Seine, 11 mai 1933, *Revue*, 1934.129, note J.-P. Niboyet ; *Clunet*, 1933.970.

(3) Paris, 6 mars 1954, *Revue*, 1954.788. Cf. aussi : Trib. civ. Chartres, 23 mai 1900, *Clunet*, 1901.354.

87. Plus communément, les décisions jurisprudentielles invoquent, tour à tour ou en même temps, la célébration du mariage selon les formes locales (1), civiles ou parfois religieuses (2), l'inobservation des formalités de publicité exigées par la loi nationale pour les ressortissants qui se marient à l'étranger (3), la mise en commun des économies en vue d'une situation meilleure (4), la création ou l'exploitation d'un fonds de commerce (5),d'une entreprise artisanale ou industrielle ou d'un fonds agricole (6), l'achat d'une maison (7), de terres, la construction d'immeubles (8), l'acquisition d'une concession funéraire (9). Le Tribunal de Versailles insiste sur le fait que quinze membres de la famille sont enterrés dans une sépulture du cimetière Montparnasse et le Tribunal du Lot-et-Garonne tient compte de la superficie, 5 m², de la concession acquise par l'époux étranger. Les décisions arguent aussi de la demande d'admission à domicile ou de naturalisation (10), de l'engagement dans l'armée française (11), de l'éducation donnée aux enfants (12), du service militaire que ceux-ci ont effectué (13) ou de leur mort au champ d'honneur (14) pour soumettre les époux à la loi du pays de leur établissement.

(1) Trib. com. Marseille, 20 novembre 1900, *Clunet*, 1901.807 ; Trib. civ. Châteauroux, 6 avril 1903, *Clunet*, 1904.185 ; Trib. civ. Nice, 29 juillet 1908, *Clunet*, 1909.504 ; *Revue*, 1910.858 ; Trib. civ. Seine, 7 mars 1912 ; *Revue*, 1913. 490 ; Trib. civ. Valognes, 16 mars 1921, *Clunet*, 1922.148 ; Trib. civ. Seine, 17 novembre 1926, *Clunet*, 1928.405.

(2) Paris, 1er décembre 1926, *Gaz. Pal.*, 1927.I.125.

(3) Paris, 11 novembre 1909, *Revue*, 1910.855.

(4) Grenoble, 6 novembre 1923, D.P., 1924.II.41, note M. Nast.

(5) Trib. civ. Toulon, 30 mai 1893, *Clunet*, 1893.1196 ; Trib. civ. Seine, 10 juillet 1895, S., 1896.II.273, note A. Pillet ; *Clunet*, 1896.396 ; Paris, 16 décembre 1901, S., 1902.II.298 ; Lyon, 16 février 1903, *Clunet*, 1904.401 ; Trib. civ. Millau, 18 juillet 1903, *Revue*, 1906.201 ; Montpellier, 25 avril 1904, *Revue*, 1906.200 ; Alger, 20 décembre 1911, *Revue*, 1921.103 ; Paris, 1er décembre 1926, *Gaz. Pal.*, 1927.I.125 ; Trib. civ. Lot-et-Garonne, 20 décembre 1927, *Clunet*, 1929.422.

(6) Trib. civ. Valognes, 16 mars 1921, *Clunet*, 1922.148 ; Alger, 23 décembre 1915, *Clunet*, 1917.675.

(7) Trib. civ. Toulon, 30 mai 1893, *Clunet*, 1893.1196 ; Trib. civ. Grenoble, 7 novembre 1896, *Clunet*, 1897.579 ; Trib. civ. Seine, 14 août 1908, *Revue*, 1910. 855 ; Trib. civ. Chambéry, 13 novembre 1908, *Revue*, 1910.855 ; *Clunet*, 1909.502.

(8) Grenoble, 3 juillet 1907, *Clunet*, 1908.165 ; *Revue*, 1908.813 ; Trib. civ. Mortagne, 6 avril 1911, *Clunet*, 1914.217 ; *Revue*, 1914.147 ; Trib. civ. Belfort, 13 juin 1911, *Clunet*, 1913.171 ; *Revue*, 1913.122.

(9) Trib. civ. Lot-et-Garonne, 20 décembre 1927, *Clunet*, 1929.422 ; Trib. civ. Versailles, 19 juillet 1927, *Clunet*, 1928.429 ; Paris, 31 mai 1947, *Gaz. Pal.*, 1947.II.62.

(10) Trib. civ. Seine, 22 mai 1897, *Clunet*, 1898.142 ; Alger, 23 décembre 1915, *Clunet*, 1917.675 ; Trib. civ. Le Havre, 26 octobre 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.II.956 ; Trib. civ. Grenoble, 28 avril 1953, *J. Not.*, 1954.451, note J. Demey ; *Revue*, 1953.799 ; Lyon, 16 avril 1956, *Gaz. Pal.*, 1959.II, somm. 123.

(11) Trib. civ. Grenoble, 28 avril 1953, *Revue*, 1953.799.

(12) Trib. civ. Seine, 10 juillet 1895, S., 1896.II.273 ; *Clunet*, 1896.396 ; Trib. civ. Toulouse, 10 mai 1907, *Revue*, 1907.771.

(13) Trib. civ. Seine, 10 juillet 1895, S., 1896.II.273, note A. Pillet ; *Clunet*, 1896.396 ; Trib. civ. Toulouse, 10 mai 1907, *Revue*, 1907.771 ; Paris, 17 octobre 1924, *Clunet*, 1925.750.

(14) Trib. civ. Versailles, 19 juillet 1927, *Clunet*, 1929.422.

Pour refuser de les soumettre à cette loi, on invoquera la précarité de l'installation de « domestiques à gages n'ayant d'autre résidence que celle des maîtres qu'ils servaient » (1), les hasards ou les impératifs de la profession de jockey (2), d'ouvrier saisonnier « hirondelle » (3), ou d'officier (4), la célébration du mariage en pays natal (5) ou devant le consul de leur nation (6), le retour de la femme dans son pays natal pour mettre ses enfants au monde (7), l'acquisition de biens immobiliers (8), la conservation des biens de famille (9), d'attaches et d'intérêts (10), l'emploi des économies (11), le placement de la fortune ou son engloutissement (12), les affaires (13), ou la faillite (14) les voyages périodiques (15), le retour effectif (16), les honneurs, la nomination comme officier de sapeurs-pompiers (17) ou comme maire (18), le décès et l'enterrement (19).

Si la jurisprudence française ne fait plus, en principe, aucune part au système de la réalité, il faut remarquer que beaucoup de ses indices concernent la situation des biens. L'on n'applique pas à propos de chaque bien la loi de la situation, mais bien souvent l'on considère la situation des plus importants d'entre eux pour déterminer la loi qui gouverne tout le régime matrimonial.

Parfois la déclaration par les époux de leur intention de se soumettre ou de leur conviction d'être soumis à un régime donné ou à une loi donnée tranchera la question. Cette déclaration peut avoir été faite dans les actes les plus divers (20) : achat ou vente d'immeubles (21),

(1) Chambéry, 23 novembre 1891, D.P., 1892.II.42.
(2) Amiens, 24 mars 1904, *Revue*, 1907.220.
(3) Chambéry, 13 juin 1927, *Clunet*, 1928.700.
(4) Trib. civ. Marseille, 22 février 1927, *Clunet*, 1927.1106.
(5) Trib. civ. Versailles, 15 mai 1924, *Gaz. Pal.*, 1924.II.205 ; Paris, 22 juin 1953, *Clunet*, 1953.888.
(6) Trib. civ. Marseille, 26 juillet 1902, *Clunet*, 1903.873 ; Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, 23 décembre 1921, *Clunet*, 1922.416 ; Alger, 12 mai 1926, *Clunet*, 1928.163 ; *Revue*, 1928.669.
(7) Paris, 5 mars 1954, *Revue*, 1954.788.
(8) Chambéry, 23 novembre 1891, D.P., 1892.II.42.
(9) Trib. civ. Marseille, 7 juillet 1904, *Clunet*, 1905.1039.
(10) Paris, 7 juillet 1928, *Clunet*, 1929.654 ; *Clunet*, 1932.373 (concl. Lyon-Caen).
(11) Trib. civ. Seine, 28 décembre 1892, S., 1896.II.154.
(12) Trib. civ. Belfort, 13 juin 1911, *Clunet*, 1913.171.
(13) Trib. civ. Versailles, 15 mai 1924 (Gould), *Clunet*, 1925.415.
(14) Trib. civ. Seine, 7 mars 1912, *Revue*, 1913.490.
(15) Trib. civ. Seine, 28 décembre 1892, S., 1896.II.154.
(16) Paris, 24 mai 1895, S., 1896.II.154 ; Trib. civ. Seine, 23 juin 1916, *Clunet*, 1917.610.
(17) Trib. civ. Seine, 28 décembre 1892, S., 1896.II.154.
(18) Chambéry, 23 novembre 1891, D.P., 1892.II.42.
(19) Trib. civ. Seine, 28 décembre 1892, S., 1896.II.154.
(20) Cf. Chambéry, 23 novembre 1891, D.P., 1892.II.42 ; Trib. civ. Grenoble, 7 novembre 1896, *Clunet*, 1897.579 ; Trib. civ. Seine, 22 mai 1897, *Clunet*, 1898.142 ; Trib. civ. Marseille, 30 mai 1908, *Revue*, 1910.855 ; Trib. civ. Chambéry, 13 novembre 1908, *Revue*, 1910.855 ; *Clunet*, 1909.502.
(21) Trib. civ. Seine, 11 mai 1933, *Revue*, 1934.129, note J.-P. Niboyet ; *Clunet*, 1933.970.

hypothèques (1), prêts (2), donation (3), inventaires (4), testament (5), acte de société (6), procuration (7). Ces actes peuvent ne témoigner qu'implicitement du choix d'un régime : une demande en séparation de biens impliquerait un régime légal de communauté (8). Des polices d'assurances souscrites au nom de la femme seule témoigneraient au contraire d'une séparation de biens (9). Il arrive que le témoignage soit particulièrement fragile. La Cour de Paris a ainsi estimé que les époux suisses qui avaient célébré leur mariage en France, mais étaient partis s'installer en Suisse trois semaines plus tard, avaient voulu se soumettre au régime légal français, parce que trois ans après leur mariage ils avaient modifié contractuellement leur régime pour adopter la séparation de biens. La Cour déclara, en outre, que la modification était nulle, puisqu'interdite par la loi française compétente. Les juges ont pensé que si les époux ont voulu transformer leur régime en séparation, c'était qu'ils croyaient être soumis à la communauté. Mais, en vérité, les époux pouvaient également avoir intérêt à modifier le régime légal suisse qui n'est pas la séparation, mais l'union des biens. Et on aurait pu prétendre que les époux ont transformé leur régime parce qu'ils croyaient être soumis à la loi suisse qui le leur permettait (10).

Aucune circonstance n'est en soi déterminante et sa valeur d'indice dépend dans chaque espèce de l'appréciation des juges. Le Tribunal de la Seine rejette la déclaration faite dans un testament (11), dans l'acte d'acquisition d'un fonds de commerce (12) ; le Tribunal de Toulon, celui de Marseille repoussent l'argument fondé sur un mariage consulaire (13) ; le Tribunal de Toulouse n'accepte pas les affirmations contenues dans « certains actes publics » (14). Le Tribunal de Mortagne ne se laisse pas convaincre par l'exécution des obligations militaires, celui du Lot-et-Garonne écarte l'indice fondé sur le retour au pays natal du mari pour la célébration du mariage (15).

(1) Trib. civ. Mortagne, 6 avril 1911, *Clunet*, 1914.217 ; *Revue*, 1914.147.
(2) Paris, 17 octobre 1924, *Clunet*, 1925.750.
(3) Grenoble, 3 juillet 1907, *Clunet*, 1908.165 ; *Revue*, 1908.813.
(4) Trib. civ. Seine, 28 décembre 1892, S., 1896.II.154.
(5) Trib. civ. Seine, 11 mai 1933, *Revue*, 1934.129, note J.-P. Niboyet ; *Clunet*, 1933.970.
(6) *Idem.*
(7) Civ., 5 mai 1953, *Revue*, 1953.799.
(8) Alger, 2 janvier 1908, S., 1909.II.227 ; D.P., 1909.II.69 ; Paris, 11 octobre 1929, *Clunet*, 1930.1002 ; Besançon, 18 mars 1912, *Clunet*, 1913.171.
(9) Paris, 11 octobre 1929, *Clunet*, 1930.1002.
(10) Paris, 28 juin 1937, *Clunet*, 1938.537.
(11) Trib. civ. Seine, 28 décembre 1892, S., 1896.II.154 ; cf. aussi Paris, 2 mars 1938, *Clunet*, 1938.544.
(12) Trib. civ. Seine, 25 avril 1910, *Clunet*, 1910.1205 ; *Revue*, 1910.855.
(13) Trib. civ. Toulon, 30 mai 1893, *Clunet*, 1893.1196 ; Trib. civ. Marseille, 22 février 1927, *Clunet*, 1927.1106.
(14) Trib. civ. Toulouse, 10 mai 1907, *Revue*, 1907.771.
(15) Trib. civ. Mortagne, 6 avril 1911, *Clunet*, 1914.217 ; *Revue*, 1914.147 ; Trib. civ. Lot-et-Garonne, 20 décembre 1927, *Clunet*, 1929.422.

Le Tribunal de la Seine, la Cour de Paris ne tiennent pas compte des déclarations postérieures (1).

88. La plupart du temps, les circonstances dont on déduit la volonté des époux sont postérieures au mariage, or c'est le choix fait au moment du mariage qui devrait être pris en considération. On dira que les circonstances même postérieures peuvent donner une indication sur une volonté plus ancienne. « Le tout est d'y apporter suffisamment de sagacité et de circonspection » (2). « Attendu que les faits postérieurs au mariage ne sauraient rétroagir sur les conventions matrimoniales, ni les modifier, mais qu'ils peuvent à bon droit être pris en considération comme révélant après cour quelle était la volonté qui avait présidé à la formation des conventions » (3). Ainsi lorsqu'il s'agira de mentions faites par les parties dans les actes de leur vie matrimoniale, le juge s'y fiera seulement dans la mesure où elles ne sont pas démenties par des faits antérieurs : « ... ces déclarations, dont la plus ancienne date de 1880, et est ainsi postérieure au mariage de plus de dix années, ne sauraient prévaloir contre un ensemble de faits démontrant l'existence d'un régime différent, et remontant à l'époque où ce régime a été constitué sans qu'il put être changé d'une manière quelconque » (4). Il faut, d'autre part, qu'on ne puisse pas douter de la conscience que les parties avaient de la portée de leur déclaration ou qu'on ne puisse soupçonner une intention de fraude : « Ces actes postérieurs au mariage, passés alors que des poursuites de créanciers étaient envisagées, ne sauraient démontrer l'intention commune des époux à l'époque de la célébration du mariage » (5). En bref, « si elles ne doivent pas être négligées ... on ne saurait accueillir qu'avec beaucoup de réserve des déclarations postérieures ... » (6) et « les circonstances postérieures sont sans intérêt si elles ne permettent pas de déterminer l'intention des époux au moment du mariage » (7).

Néanmoins, on peut estimer que le risque est encore trop grand et qu'il convient de l'éviter en écartant *a priori* tout indice né après le mariage. Pillet n'écrivait-il pas : « A un dernier point de vue la tendance actuelle de la jurisprudence nous paraît fâcheuse. Les juges se sont trouvés fréquemment conduits à chercher, sur la volonté des époux, des indications dans des actes, des paroles ou des écrits postérieurs au mariage... Cette méthode nous paraît doublement vicieuse. D'abord, en ce faisant, les magistrats ne considèrent que les actes et les intentions d'un seul des époux, le *de cujus*

(1) Trib. civ. Seine, 9 mai 1953, *Clunet*, 1953.888 ; Paris, 6 mai 1953, *Clunet*, 1953.888.
(2) G. Appert, note sous Req., 18 juillet 1905, S., 1909.I.97.
(3) Trib. civ. Seine, 22 mai 1890, S., 1896.II.273, note A. Pillet.
(4) Paris, 12 juillet 1889, S., 1893.I.457.
(5) Paris, 6 mai 1953, *Clunet*, 1953.888.
(6) Paris, 12 juillet 1889, S., 1893.I.457.
(7) Trib. civ. Metz, 18 février 1954, *Revue*, 1954.788, note Y. Loussouarn.

généralement, sans observer que la volonté de l'un en semblable matière n'est d'aucune conséquence, s'il n'est prouvé qu'elle concorde avec la volonté de l'autre. Puis ce procédé a encore le défaut de permettre à un mari habile et qui prévoit les difficultés futures, de se choisir, après coup et sans le concours de sa femme, le régime qu'il juge le plus favorable à ses intérêts ; il n'a pour cela qu'à espacer une série d'actes et de déclarations montrant qu'il se considère comme soumis au régime qui lui plaît. On peut lui prédire que les juges recueilleront pieusement tous ces vestiges comme autant de preuves irrécusables des intentions des deux époux au jour du mariage » (1). En considération de ce danger, certaines décisions se sont refusées par principe à tenir compte des mentions ou des déclarations postérieures. La Cour de Bourges déclare : « Considérant qu'il n'avait pas à faire état, comme d'un argument démonstratif, des donations réciproques que se sont faites les consorts Zammaretti à la date du 11 octobre 1880 ; — Considérant que la date de ces dispositions doit les faire tenir pour dépourvues de valeur pour établir un régime matrimonial qui doit être reconnu comme fixé d'une manière incommutable et irrévocable au jour même du mariage, indépendamment de tous actes ultérieurs qui sont impuissants à en justifier la nature » (2). Plus récemment, la Cour d'Orléans affirme que « le comportement des époux au cours du mariage ne saurait non plus avoir pour effet de modifier le statut légal de leurs biens, la loi portugaise édictant comme la loi française l'immutabilité du régime matrimonial » (3).

Ce point de vue se justifie théoriquement. Selon M. Caleb « l'utilisation des circonstances postérieures à la célébration est incorrecte. Cette incorrection est flagrante au point de vue juridique dans tous les pays qui admettent l'immutabilité des conventions matrimoniales. Elle permet aux époux de faire par voie tacite ce qui leur serait interdit de faire par voie expresse » (4). L'on prétend que ces circonstances éclairent une volonté antérieure. Mais si l'on avait eu à apprécier cette volonté avant qu'elle ne soit éclairée par ces circonstances, l'aurait-on appréciée de la même façon ? Si oui, alors il était inutile de tenir compte de ces circonstances. Et dans le cas contraire, peut-on vraiment affirmer que le principe de l'immutabilité n'est pas battu en brèche ? Me Ryziger répond par un aveu : « Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales paraît un principe de droit interne qui ne s'impose pas en droit international privé, et qu'on ne saurait invoquer pour écarter l'application d'un droit étranger, au moyen de l'exception d'ordre public » (5). Mais le principe de la mutabilité ne s'impose pas da-

(1) A. Pillet, note sous Paris, 25 novembre 1891, S., 1896.II.273.
(2) Bourges, 18 juillet 1904 ; S., 1905.II.8.
(3) Orléans, 11 janvier 1954, *Revue*, 1955.313, note H. Batiffol ; cf. également Trib. civ. Seine, 9 mai 1953, *Clunet*, 1953.888.
(4) M. Caleb, thèse, p. 321.
(5) P. F. Ryziger, note sous Civ. 4 janvier 1956, *Clunet*, 1956.156.

vantage en droit international privé. Celui-ci doit rester neutre sur la question et laisser au droit interne dont il désigne la compétence le soin de décider si le régime matrimonial est immuable ou non. Or dans l'hypothèse envisagée, la mutabilité résulte de la règle de conflit elle-même par le procédé selon lequel elle désigne la loi compétente.

La rigueur des principes devrait conduire les juges à ne pas tenir compte des circonstances postérieures. Mais, comme ils sont le plus souvent appelés à se prononcer à la dissolution du régime, la loi d'autonomie leur permet, sous le prétexte de se conformer à la volonté des époux, de déterminer *a posteriori* quelle loi assurera la liquidation la plus équitable ou de façon plus générale aboutira aux conséquences les plus justes (1). On comprend dans cette perspective que les circonstances postérieures seront souvent les plus significatives. L'on s'explique que les juges se conforment aux implications de la théorie de l'autonomie de la volonté seulement dans la mesure où elle sert le dessein dont elle est le prétexte.

89. Certains tribunaux essaient de mettre un peu d'ordre dans la discussion et proposent un indice privilégié tiré soit de la nationalité des époux, soit de leur domicile, rarement du lieu de célébration du mariage (2). Il faut certes, disent les décisions, s'en rapporter à la volonté des époux, mais dans le doute s'en tenir à cet indice. Entre 1890 et 1910, on proposait le plus souvent la loi nationale (3) ; la présomption était un pis-aller et on souhaitait une règle impérative. Plus tard, cette tendance faiblit et le domicile matrimonial retrouva les faveurs de la jurisprudence (4).

Mais ces présomptions ne sont jamais acceptées par toute la jurisprudence. Elles soutiennent la preuve contraire. Quelle est leur force ? La Cour de cassation refusa longtemps de se prononcer. Elle déclarait que l'appréciation des juges du fond est souveraine (5).

(1) Cf. *infra*, n° 101.

(2) Trib. civ. Marseille, 30 mai 1908, *Revue*, 1910.855 ; *Clunet*, 1909.763.

(3) Chambéry, 1er janvier 1896, *Clunet*, 1898.565 ; Trib. civ. Grenoble, 7 novembre 1896, *Clunet*, 1897.579 ; Paris, 9 uin 1898, *Clunet*, 1898.931 ; Trib. civ. Marseille, 7 juillet 1904, *Clunet*, 1905.1039 ; Trib. civ. Toulouse, 10 mai 1907, *Revue*, 1907.771 ; *Clunet*, 1907.1121 ; Trib. civ. Seine, 25 avril 1910, *Revue*, 1910.855.

(4) Just. de paix Nice, 13 septembre 1895, *Clunet*, 1899.571 ; Caen, 15 janvier 1912, *Clunet*, 1914.217 ; *Revue*, 1914.147 ; Alger, 20 décembre 1911, *Revue*, 1921.103 ; Trib. civ. Lyon, 22 décembre 1911, *Revue*, 1912.363 ; Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, 14 mars 1915, *Clunet*, 1917.179 ; Alger, 23 décembre 1915, *Clunet*, 1917.675 ; Trib. civ. Saintes, 7 mars 1922, *Clunet*, 1922.983 ; Trib. civ. Marseille, 3 juin 1927, *Clunet*, 1928.1017 ; Trib. civ. Lot-et-Garonne, 20 décembre 1927, *Clunet*, 1929.422 ; Pau, 17 novembre 1932, *Clunet*, 1935.95 ; D.P., 1932.II.161 (*contra* : Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, 23 décembre 1921, *Clunet*, 1922.416 ; Trib. civ. Seine, 4 mai 1937, D.H., 1937.372).

(5) Civ., 30 décembre 1912, *Revue*, 1921.103, *Clunet*, 1913.942 ; *Gaz. Pal.*, 1913.I.344 ; D.P., 1914.I.191 ; Req., 7 avril 1925, S., 1925.I.117 ; *Gaz. Pal.*, 1925.II.206 ; Req., 6 avril 1938, S., 1938.I.151 ; *Revue*, 1939.128 ; *Clunet*, 1938.788 ; *Gaz. Pal.*, 1938.II.79.

La Cour de Paris résumait l'opinion d'une bonne partie de ces derniers : « A défaut de toutes circonstances déterminantes en sens contraire, il y a lieu de s'en rapporter à la présomption tirée du domicile matrimonial » (1).

Enfin, la Cour suprême, grâce à la reprise d'une formule traditionnelle, confirma le rôle prééminent du domicile (2) : « Il appartenait aux juges du fond d'apprécier souverainement, d'après les faits et les circonstances, et notamment en tenant compte du domicile des époux, le statut matrimonial ». Il faut pourtant noter que dans cette dernière espèce, elle rejeta le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Paris où celle-ci avait écarté la présomption résultant du domicile comme d'ailleurs l'indice tiré de la nationalité des époux (3).

Après la seconde guerre mondiale, la question restait toujours posée de la valeur qu'il faut accorder à la présomption en faveur du domicile. On cherchait le moyen d'exprimer sa place privilégiée, tout en préservant l'autonomie de la volonté. « La jurisprudence », disait la Cour de Paris, « tenant compte du domicile, sans toutefois lui accorder la valeur d'une présomption légale, estime que le choix du régime réglant les intérêts civils des époux dépend de leur volonté commune » (4). Et la Cour d'Aix affirmait : « Il appartient, dès lors, au juge de rechercher par tous les moyens légaux de preuve quelle a été cette volonté, le choix du domicile matrimonial notamment pouvant être considéré comme la manifestation la plus certaine de la volonté des époux » (5). La Cour de cassation reste fidèle a elle-même et use de l'adverbe « notamment » (6).

90. Mais, le 5 mai 1953, un arrêt de la Chambre civile remit en question la place prépondérante du domicile (7). Un Américain et une Anglaise s'étaient mariés à Paris. La Cour d'Aix avait décidé que, les lois américaine et britannique prévoyant un régime de séparation, les époux avaient certainement choisi un tel régime. Le pourvoi reprocha à la Cour d'Appel de n'avoir pas admis que

(1) Paris, 2 mars 1938, *Clunet*, 1938.544.

(2) Req., 4 juin 1935, D.H., 1935.426 ; D.P., 1936.I.7, rapp. Pilon, note R. Savatier ; S., 1936.I.377, rapp. Pilon, note J.-P. Niboyet ; *Revue*, 1936.755, rapp. Pilon, note J. Basdevant ; *Clunet*, 1936.898, note J. P. ; *Gaz. Pal.*, 1935.II. 326 ; Req., 5 mai 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.II.232 ; *Revue*, 1938.659 ; *Clunet*, 1939.106 ; cf. aussi Paris, 18 novembre 1937, *Clunet*, 1938.310.

(3) Paris, 28 juin 1937, *Clunet*, 1938.344.

(4) Paris, 31 mai 1947, *Revue*, 1947.450 ; *Gaz. Pal.*, 1947.II.62.

(5) Aix, 14 mars 1950, *Revue*, 1951.284, note Y. Loussouarn ; *J.C.P.*, 1950.II. 5673, note G. Delaume ; cf. aussi Besançon, 22 décembre 1947, *Revue*, 1950.663 ; Lyon, 26 avril 1949, *Revue*, 1950.666 ; *J.C.P.*, 1949.IV.175 ; Trib. civ. Chambéry, 3 mai 1949, *Revue*, 1950.666.

(6) Com., 29 janvier 1951, S., 1952.I.36 ; *J.C.P.*, 1951.II.6352, note G. Delaume ; *Clunet*, 1951.888, note B. Goldman ; *Revue*, 1952.484, note H. Batiffol ; *Bull.*, 1951.II.32.

(7) Civ., 5 mai 1953 (*Dulles*), *Revue*, 1953.789, note H. Batiffol ; *Clunet*, 1953.658, note J. B. Sialelli ; *J. Not.*, 1953.661, note E. Blanc.

l'établissement en France du domicile matrimonial des époux entraînait la soumission au régime légal français de communauté. La Cour suprême déclara : « Mais attendu qu'il appartient aux juges du fond de rechercher quel statut matrimonial les étrangers, se mariant sans contrat en France, ont eu la volonté commune d'adopter pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires ; que, si parmi les circonstances s'offrant à cet égard à l'appréciation souveraine des tribunaux, figure notamment l'intention d'établir le domicile conjugal dans un Etat donné, cette intention, fût-elle établie, n'est pas par elle-même ni exclusive, ni prépondérante quant à l'interprétation des faits propres à déterminer une présomption de rattachement volontaire du régime matrimonial à une loi plutôt qu'à une autre ».

Les circonstances de l'espèce justifiaient très bien, en effet, la solution de la Cour d'Aix. Les époux Dulles avaient « surtout mené une vie errante d'étrangers fortunés » et le mari conservait toute sa fortune en Amérique. On comprend la décision de rejet de la Cour suprême. Il aurait suffi de constater que les époux Dulles ne possédaient pas un véritable domicile en France. « Mais il est permis de regretter que l'un de ses motifs ou plus précisément un simple adjectif soit de nature à entraîner des hésitations regrettables dans une matière déjà trop mouvante ... L'adjectif prépondérant nous paraît malheureux » (1). Cet adjectif, en effet, prive de tout sens l'adverbe notamment que conserve néanmoins *l'arrêt Dulles*. « C'est cette unique directive que l'arrêt rapporté paraît, dans sa rédaction, vouloir supprimer », constatait M. Batiffol dans son commentaire. Pour M. Sialelli, « la Chambre civile marque une réaction certaine contre les derniers arrêts de la Cour suprême et contre la portée qui pouvait très légitimement leur être attribuée. Elle écarte toute prédominance de l'intention d'établir le domicile conjugal dans un pays donné, et toute présomption en faveur du régime légal de ce pays » (2).

« Cette décision, disait encore M. Batiffol, donne à l'autonomie des parties un rôle tel qu'aucune présomption ne vient plus guider l'interprète » (3). Néanmoins, les juridictions du fond n'acceptent pas facilement d'être privées de toutes directives. Peu après *l'arrêt Dulles*, la Cour de Tunis déclare : « Considérant que le régime matrimonial des époux Lattuca-Guadagnino, mariés sans contrat doit donc se déterminer d'après leur intention au moment de la célébration du mariage, mais que si cette intention n'était révélée par aucun fait positif, il devrait être admis qu'ils se sont soumis au statut personnel du mari, chef de famille et maître de l'association conjugale » (4). La Cour de Paris dit de son côté : « Alexandre Erba, Italien d'origine, en se rendant spécialement en Italie pour son

(1) H. Batiffol, note sous Civ., 5 mai 1953, *Revue*, 1953.803.

(2) J. B. Sialelli, note sous Civ., 5 mai 1953, *Clunet*, 1953.658. Cf. également R. Sarraute, « Droit international privé 1955 », *Gaz. Pal.*, 1956.I, doctr. 1.

(3) H. Batiffol, note sous Tunis, 17 juin 1953, *Revue*, 1955.313.

(4) Tunis, 17 juin 1953, *Revue*, 1955.313, note H. Batiffol.

mariage, à défaut de manifestations, à cette époque, de volonté contraire, était présumé vouloir adopter son régime matrimonial national» (1), tandis que la Cour d'Orléans (2) se prononce pour la loi nationale du mari à titre obligatoire. Il semble donc que les effets de *l'arrêt Dulles* sur la jurisprudence ont été, non de lui faire abandonner toute préférence pour un critère, mais de remplacer la prépondérance du domicile matrimonial par celle de la loi nationale du mari. La Cour d'Aix ayant en 1951 tranché en faveur de la loi nationale, un pourvoi est formé contre la décision au motif que les magistrats ont fait « abstraction d'autres faits énumérés dans les conclusions d'appel, tels que la fixation du domicile conjugal en France et la nationalité française des enfants issus du mariage». Mais la Cour suprême décide que les juges du fond « n'étaient pas tenus de répondre par des motifs particuliers aux divers arguments soulevés par les parties ...» et consacre en quelque sorte non pas l'autonomie de la volonté des époux mais celle des juges, qui ne sont pas tenus de justifier la préférence accordée à un indice et peuvent se contenter de l'affirmer (3).

Un arrêt de la Cour de Paris explique pourtant pourquoi, en l'espèce, le critère tiré du domicile est écarté au profit de la loi nationale ... de la femme. Cet arrêt, c'est son intérêt, est l'exemple achevé de l'autonomie intégrale en jurisprudence (4). « La Cour tient compte du genre de vie, de la localisation des intérêts, de la mentalité et du climat juridique des époux ... elle fait une place intéressante à leur comportement effectif dans la gestion du patrimoine» (5).

Malgré l'invite réitérée de la Cour de cassation, les juridictions du fond restent très attachées à l'idée qu'il doit exister un indice privilégié, une présomption en faveur soit de la loi du domicile, soit de la loi nationale. Ainsi le 18 février 1954, le Tribunal de Metz dira sans tenir compte de l'*arrêt Dulles* : « Attendu qu'à défaut d'une manifestation de volonté claire et précise de leur part au moment du mariage sur le statut matrimonial qu'ils ont eu l'intention d'adopter pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires, c'est à la loi de l'Etat où les époux ont fixé leur premier domicile matrimonial, qu'il importe de se référer ; qu'en effet, le choix du domicile commun surtout lorsqu'il est corroboré par d'autres éléments tels que la forme du mariage, l'autorité qui l'a célébré ainsi que le lieu même de la célébration, peut être considéré comme la manifestation la plus certaine de la volonté des époux» (6).

(1) Paris, 22 juin 1953, *Revue*, 1954.788, note Y. Loussouarn ; *Clunet*, 1953.888 ; *J.C.P.*, 1954.II.8161, note J. B. Sialelli.

(2) Orléans, 11 janvier 1954 (*Adao*), *Revue*, 1955.313, note H. Batiffol.

(3) Civ., 19 janvier 1954, *Clunet*, 1954.788 ; *Bull.*, 1954.I.21.

(4) Paris, 5 mars 1954, *Revue*, 1954.788 ; *J.C.P.*, 1954.II.8161, note J. B. Sialelli ; *J. Not.*, 1954.335, note M. Simon-Depitre. Cf. également Paris, 30 mars 1955, *Clunet*, 1956.678.

(5) J. B. Sialelli, note sous Paris, 5 mars 1954, *J.C.P.*, 1954.II.8161.

(6) Trib. civ. Metz, 18 février 1954, *Revue*, 1954.788.

91. En 1956, la Cour de cassation casse un arrêt de la Cour d'Orléans (1). Cette décision marque le retour de la Cour suprême à sa jurisprudence d'avant *l'arrêt Dulles* et l'on y retrouve une formule traditionnelle : « Attendu que, pour déterminer le régime matrimonial des étrangers mariés en France sans contrat, les juges doivent rechercher, d'après les circonstances de la cause, quel statut matrimonial les époux ont eu la volonté commune d'adopter ; qu'il leur appartient à cet égard de tenir compte notamment de la fixation du domicile ... ». M. Batiffol approuva cette décision en ces termes : « Cet arrêt apporte une salutaire remise en ordre dans une matière où les décisions et les commentaires manifestaient depuis quelque temps des incertitudes déconcertantes ... » (2). La Cour de Colmar traduit en clair « les termes discrets » de la Cour suprême et « attribue à l'élection par les parties du domicile matrimonial la valeur démonstrative de leur volonté de choisir le régime légal ayant cours à cet endroit » (3). Pour la Cour de Paris, « le domicile matrimonial des époux constitue une présomption de base sur le fondement de laquelle, à moins de circonstances faisant présumer une volonté contraire, il échet de décider que les époux ont entendu se soumettre à la législation du lieu où ils l'ont établi » (4). Il ne suffit pas pour vaincre cette présomption que les deux époux soient de même nationalité et que le mariage ait été célébré devant leur consul.

La Cour suprême encourage ces prises de position en raffermissant sa propre formule traditionnelle par un changement d'adverbe. Le « notamment » quelque peu compromis par *l'arrêt Dulles* est remplacé par « spécialement » (5). « La nuance tient à un mot, mais ce mot est d'importance, car il signifie une orientation », dit à ce propos M. Batiffol. Elle confirme par plusieurs arrêts que la concordance des lois nationales et du lieu de célébration ne suffit pas à écarter la présomption tirée du domicile (6).

Ainsi donc, si l'on excepte la courte période qui s'étend de *l'arrêt Dulles* en 1953 à *l'arrêt Adao* en janvier 1956 et cette autre période

(1) Civ., 4 janvier 1956 (*Adao*), *Revue*, 1956.99, note H. Batiffol ; *Clunet*, 1956.156, note P. Ryziger ; *Gaz. Pal.*, 1956.I.127.

(2) H. Batiffol, note sous Civ., 4 janvier 1956, *Revue*, 1956.992.

(3) Colmar, 20 avril 1956, *Clunet*, 1956.678.

(4) Paris, 6 mars 1958, *Revue*, 1959.108 ; *Clunet*, 1959.1196 ; cf. aussi Paris, 18 novembre 1960 ; *Clunet*, 1961.1096.

(5) Civ., 22 avril 1958, *Revue*, 1958.347, note H. Batiffol ; *Bull.*, I.157 ; Civ., 23 décembre 1958, *Revue*, 1959.739 ; *Clunet*, 1959.1146 ; *Bull.*, I.472 ; Civ., 27 janvier 1959, *Clunet*, 1959.1146 ; *J.C.P.*, 1959.IV.26 ; *Bull.*, I.45 ; Civ., 14 décembre 1959, *Clunet*, 1961.158 ; *J.C.P.*, 1960.IV.13 ; *Bull.*, I.438 ; Civ., 30 décembre 1959, *Revue*, 1961.326, note M. Simon-Depitre ; *J.C.P.*, 1960.IV.21, *Clunet*, 1961.158 ; *Bull.*, I.468 ; Civ., 26 février 1963, *Bull.*, I.108 ; Civ., 25 juin 1963, *J.C.P.*, 1963.IV.110 ; Civ., 15 décembre 1965, *J.C.P.*, 1966, somm. 14 ; cf. également Trib. gr. inst. Seine, 12 janvier 1963, *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 556, n° 26 *bis*.

(6) Par exemple, Civ., 7 novembre 1961, *Clunet*, 1962.422, note J. B. Sialelli ; *Revue*, 1962.687, note H. Batiffol.

plus longue mais n'ayant guère dépassé trente ans, qui correspond à la poussée en faveur du critère tiré de la nationalité à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, on peut affirmer que la tradition du droit français est depuis Dumoulin en faveur du critère tiré du domicile. Mais une tradition non moins vivace veut qu'on n'use de ce critère qu'avec une certaine souplesse. Celle-ci s'est manifestée d'abord dans la détermination du domicile. Puis elle consistera à ne voir dans le domicile qu'un indice privilégié qui pourra être supplanté selon les circonstances par une conjonction d'autres indices. Mais l'autonomie intégrale ne se sera propagée que sporadiquement dans la jurisprudence en matière de régimes matrimoniaux.

Cette conclusion ne vaut pourtant que pour une vue globale de la jurisprudence ; le détail des décisions y apporte quelques démentis et ne permet de l'accepter qu'avec des nuances. La force de la présomption ne peut être précisée, ni formulée dans une règle : elle reste à l'appréciation des juges et certains en profitent pour l'ignorer. D'ailleurs, la question a été posée en doctrine de la compatibilité d'une telle présomption avec la logique de l'autonomie de la volonté.

La Cour de cassation fondant, notamment, son système sur l'article 1134 du Code civil, qui est relatif aux contrats (1), on peut se demander si elle l'applique de la même façon au contrat de mariage et si les indices retenus sont les mêmes que pour les contrats en général.

§ 2. — La loi d'autonomie et le contrat de mariage

92. Pratiquement, et quelle que soit l'opinion que l'on ait de la notion de contrat tacite, on ne dispose par hypothèse, dans le cas du régime légal, d'aucun écrit où les époux ont directement manifesté une volonté même obscure. Or l'autonomie de la volonté dans le cas des contrats écrits se ramènera le plus souvent, pour le juge, à l'interprétation d'un texte. La question prêtera moins souvent à discussion entre les parties. On peut constater la rareté des décisions qui ont eu à trancher le problème de la loi applicable à des contrats de mariage. Il est vrai que ceux-ci, étant donné l'exigence de la forme authentique, sont rédigés le plus souvent par des spécialistes. La tâche du juge, lorsque néanmoins le contrat donnera lieu à conflit, sera moins difficile car il n'aura qu'exceptionnellement à chercher des indices problématiques dans la vie des parties.

La liberté des conventions matrimoniales signifie la possibilité pour les futurs époux de choisir les règles qui gouverneront leur statut matrimonial, mais ils ne peuvent pas renoncer à tout statut.

(1) Civ., 4 janvier 1956, *Revue*, 1956.99, note H. Batiffol.

Au contraire, la liberté de contracter représente aussi la possibilité pour les parties de refuser de passer un contrat et souvent même, dans l'hypothèse des contrats d'adhésion, pour l'une des parties elle ne représente que cela.

Enfin l'on ne pourra jamais se soumettre qu'à un seul régime matrimonial, alors que l'on peut passer de nombreux contrats ordinaires. Le régime est le statut qui régira toute la vie pécuniaire des époux. Les contrats sont de plus ou moins d'importance, ils n'engagent généralement pas la vie entière des parties, ni dans leur durée, ni par leur objet.

Pour toutes ces raisons, si la loi d'autonomie gouverne le régime matrimonial comme les contrats, elle ne se détermine pas de la même façon dans les deux cas. Le contrat de mariage forme en quelque sorte la transition entre ces deux institutions.

93. « La jurisprudence est peu fournie en ce domaine, parce que l'existence de conventions expresses diminue les litiges, et notamment ceux qui portent sur la détermination de la loi applicable » (1). Son évolution suit une voie parallèle à celle qui a lieu en matière de régime légal. En 1843, par exemple, la Cour suprême soumet autoritairement les conventions des époux à la loi de leur domicile (2). La Cour de Douai, en 1887, applique encore la loi du domicile, mais l'autonomie de la volonté fait son chemin : « Attendu qu'il ressort, en effet, du texte du contrat du 6 février 1882 et des agissements des époux Selby que, sujets anglais, descendant l'un et l'autre d'anciennes familles du Royaume-Uni, se mariant au consulat de leur pays, faisant rédiger leurs conventions matrimoniales dans leur langue nationale et par un *solicitor* anglais, ayant leurs principaux intérêts en Angleterre et en Irlande, les dits époux Selby ont entendu conserver leur domicile matrimonial dans le Royaume-Uni et soumettre tous leurs biens aux seules dispositions des lois de la Grande-Bretagne et de l'Irlande à l'exclusion de toute application de la loi française » (3). L'enjeu de l'affaire était la nullité d'un contrat de séparation de biens et son remplacement par la communauté légale française. Le Tribunal de Boulogne avait pensé découvrir un motif de nullité dans le fait que ce contrat fait en France ne répondait pas aux exigences de forme et de publicité françaises. Il se fondait sur la règle *locus regit actum*. La Cour de Douai déclare que cette règle est facultative et que des époux anglais pouvaient adopter la forme anglaise. Le contrat était donc valable et peu importait au débat qu'il fût régi au fond par le droit anglais ou par le droit français. Néanmoins, la Cour se prononce également sur ce problème. Elle estime, semble-t-il, qu'au cas où les époux renoncent à la règle *locus regit actum*, la loi applicable

(1) H. Batiffol, *Traité*, p. 695, n° 636.
(2) Civ., 7 février 1843, S., 1843.282.
(3) Douai, 13 janvier 1887, *Clunet*, 1887.57 ; D., 1887.II.121.

au fond devient également compétente pour la forme et que les règles de forme du droit anglais convenaient à ce contrat parce que la loi anglaise le gouvernait aussi au fond. La façon dont le contrat était rédigé démontrait amplement que les époux avaient voulu se soumettre à la loi anglaise. Mais, comme à l'époque la loi d'autonomie correspond toujours à la loi du domicile, la Cour s'efforce de démontrer que les époux avaient conservé leur domicile en Angleterre. Le Tribunal de Boulogne avait par avance répondu à cette démonstration : « Attendu que Selby, longtemps avant son mariage, habitait à Paris, où il faisait le commerce sous la raison sociale de Selby-Money et Cie, 38, rue Demours, que sa mère habitait également Paris, avenue de Wagram, que dame Selby, alors Mlle Maley, avait fixé son domicile à Paris dès avant 1870, c'est-à-dire plus de douze ans avant son mariage, ainsi que cela résulte des pièces mêmes versées par elle aux débats, que son père habitait aussi Paris, où il est décédé en 1863 ; qu'enfin depuis leur mariage les époux Selby étaient en France, à Paris, que c'est là qu'ils avaient leur principal établissement et le siège de leurs intérêts ». Pour contester cette argumentation, la Cour fait état de la forme du contrat mais son raisonnement revient à dire : les époux ont fait un contrat anglais puisqu'ils étaient domiciliés en Angleterre et la preuve qu'ils étaient domiciliés en Angleterre, c'est qu'ils avaient fait un contrat anglais. Il eût été plus simple de dire que les époux avaient choisi la loi anglaise pour gouverner leur régime, ainsi qu'il résultait de leur contrat même.

En 1896, le Tribunal de la Seine soumet le contrat de mariage au statut personnel des époux (1). Mais trois ans plus tard, cette juridiction déclare « qu'il est de principe que les futurs époux appelés à rédiger l'acte qui doit servir de base à leurs conventions matrimoniales sont les maîtres absolus de fixer les stipulations qui prendront place dans leur contrat, leur autonomie ne devant, à cet effet, avoir d'autres limites que celles où l'ordre public renferme et retient le domaine des conventions privées ; — qu'il en résulte qu'ils ont le droit de déterminer par ce contrat la loi qui présidera à son interprétation ; — que lorsqu'ils ont indiqué avec précision leur volonté, le contrat doit être appliqué tel qu'il est, à tous les biens des époux, dans toutes celles de ses clauses qui ne heurtent pas l'ordre public du lieu où il doit être exécuté ; — mais que lorsqu'il s'en est tenu à des formules générales sans indiquer d'une façon formelle la législation à laquelle il se réfère, et qu'il s'agit dès lors de déterminer, en présence de la nationalité différente des époux soumis à des lois diverses, laquelle de ces lois doit être appliquée pour fixer le sens des stipulations et le caractère du régime adopté, il appartient aux tribunaux de rechercher dans les circonstances de la cause et dans les présomptions qui en découlent la commune

(1) Trib. civ. Seine, 11 juin 1896, *Clunet*, 1896.870 confirmé par Paris, 10 décembre 1901, *Clunet*, 1902.314.

intention des parties ; — que le champ de leurs investigations est illimité à raison même de l'absence de toute indication de la loi à ce sujet» (1). Pour soumettre le contrat à la loi pontificale, le jugement fait appel à deux sortes d'arguments : d'une part, il s'attache à démontrer que les époux avaient fixé leur domicile à Rome et, d'autre part, il tire argument de ce que « la convention a été revêtue de la forme authentique à Rome ». Mais la forme du contrat ne sert plus à démontrer que le domicile est bien établi à Rome, elle devient un indice indépendant et direct de la soumission des époux à la loi pontificale : « Il est difficile d'admettre que, s'ils ont incontestablement consenti à se soumettre aux formes de la loi pontificale, ils aient voulu, sans en rien dire, répudier les conditions de fond qu'elle imposait ... tout au contraire, ils se réfèrent à cette législation dans le corps même du contrat ... ». Ce dernier argument serait à lui seul suffisant. Et pourtant, il n'est invoqué que pour confirmer les autres. Tout se passe comme si l'on n'osait vraiment se fier à l'expression de cette volonté que l'on prétend rechercher.

Dans une espèce où les contractants avaient expressément déclaré adopter « le régime de la communauté légale, telle qu'elle est établie par le Code civil des Français, sauf les modifications qui résultent des articles suivants ... », la Cour de cassation affirme que le contrat serait nul si les parties n'avaient pas respecté les prohibitions édictées par la loi sarde, loi du domicile (2). Or la compétence de la loi du domicile est justifiée comme résultant du choix présumé des époux et cette présomption était contredite ici de façon claire et indiscutable. On ne peut donc que constater la force de la tradition en faveur de la loi du domicile qui l'emporte même sur les nécessités de la logique.

Il est vrai qu'à l'époque d'autres décisions refusent de soumettre le principe de la liberté des conventions matrimoniales à la loi d'autonomie et affirment qu'il faut tenir compte des prohibitions de la loi réelle ou de la loi personnelle. Il s'agit alors non de la négation mais de la limitation de la loi d'autonomie (3). Mais l'arrêt envisagé oppose les circonstances qui servent habituellement à déterminer un régime légal selon la loi d'autonomie au texte du contrat de mariage. On pourrait en déduire que la volonté réelle des époux a bien peu de part dans le cadre de l'autonomie de la volonté, puisque, lorsqu'elle s'exprime vraiment, on la bride.

Le Tribunal de la Seine fait état de la forme et du fond du contrat qui en font incontestablement un contrat français (4). Mais il ne le fait qu'après avoir constaté que le domicile des époux était fixé en France.

(1) Trib. civ. Seine, 16 mars 1899, *Clunet*, 1899.744.
(2) Civ., 26 juillet 1899, S., 1900.I.321.
(3) Paris, 3 décembre 1913, *Gaz. Pal.*, 1914.I.199 ; Trib. civ. Seine, 16 juillet 1910, *Clunet*, 1911.222 ; *Revue*, 1911.379, concl. Michel.
(4) Trib. civ. Seine, 30 juillet 1912, *Clunet*, 1913.593.

La Cour de Colmar déclare que les époux doivent être présumés avoir voulu adopter le régime de la communauté d'acquêts régi par la loi du pays qui allait être le lieu d'exécution de leur contrat de mariage » (1). C'est un argument fréquemment utilisé en matière de contrats en général. Mais d'un autre côté, elle relève « que s'ils n'avaient pas fait de contrat de mariage et s'étaient soumis au régime légal, ils auraient été considérés aux termes d'une jurisprudence constante comme ayant eu l'intention de se soumettre au régime légal local, régime conventionnel tacite ». L'espèce est intéressante, car on ne pouvait tirer d'indice du contrat lui-même. La Cour de Colmar n'admet aucune intervention du statut personnel ou réel et règle tout le problème selon la loi d'autonomie. Comme il s'agit d'un contrat de mariage, elle s'efforce de rendre une décision conforme à la fois à la jurisprudence en matière de régimes matrimoniaux et à celle relative aux contrats en général.

En 1938, la Chambre des requêtes prend acte de ce « que les futurs époux ont expressément adopté le régime de la communauté d'acquêts conformément aux dispositions des articles 1498 et 1499 du Code Napoléon », mais ne fait plus appel au domicile, établi en France, pour confirmer la compétence de la loi française (2). Il est tout juste relevé que le contrat avait été passé en la forme suisse, mais également en la forme française (3).

Hormi quelques exceptions dont cette dernière décision est un exemple, le critère tiré du domicile est généralement retenu par la jurisprudence pour la détermination de la loi applicable au contrat de mariage comme en matière de régime légal. Pourtant, il existe une tendance à rechercher de plus en plus la volonté exprimée explicitement ou tacitement dans le contrat même et, en outre, il faut constater que seuls suscitent des contestations les contrats dont les termes sont trop vagues. Si donc, le critère tiré du domicile est la règle qui subit quelques exceptions en matière de régime légal, il ne vaut que pour les cas douteux en matière de contrat de mariage.

§ 3. — Etude comparative de l'application de la loi d'autonomie au régime matrimonial et aux contrats

94. En matière de contrats en général, on fait également assumer la paternité de la loi d'autonomie à Dumoulin. Or il semblerait que là encore il s'agisse d' « une légende » (4).

(1) Colmar, 28 mars 1928, *Rev. jur. Als.-Lorraine*, 1928.528 ; S., 1929.II.17 ; *Clunet*, 1929.440 ; D., 1929.II.84, note H. Desbois.

(2) Req., 13 décembre 1938, *Revue*, 1939.278.

(3) Un autre arrêt souvent cité de la Cour de cassation concerne un contrat de mariage selon la loi française expressément choisie par les parties. Mais la discussion ne portait pas sur la loi applicable au contrat (Civ., 18 décembre 1951, D., 1952.357, note P. Lerebours-Pigeonnière).

(4) Cf. Adolf F. Schnitzer, « La loi applicable aux contrats », *Revue*, 1955. 459 et s.

Il faut, en effet, attendre un arrêt de la Chambre civile du 5 décembre 1910 pour voir proclamer « que la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée » (1).

L'autonomie de la volonté se trouve aujourd'hui limitée par l'idée que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat » (2). Mais seules les règles de la loi choisie s'imposent aux contractants. Pour le reste, les parties sont libres théoriquement de choisir la loi qui leur convient (3).

Pourtant, un arrêt récent de la Cour suprême déclare : « A défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants » (4). Cette formule paraît signifier que, lorsque la volonté des parties ne s'est pas exprimée dans le contrat, il n'appartient nullement aux juges de rechercher une volonté implicite, mais ils doivent rechercher la loi qui objectivement régit le contrat.

Cette restriction du rôle de la volonté, au cas où elle s'exprime, a été adoptée dans l'avant-projet de Codification du Droit International Privé (5), ainsi que dans la convention relative aux ventes de meubles corporels élaborée à la Septième Session de la Conférence de La Haye (6).

Or la compétence de la loi d'autonomie est beaucoup moins contestée pour les contrats, la plupart des pays s'y étant ralliés avec des réserves diverses, qu'en matière de régimes matrimoniaux. Mais la tendance qui veut que l'on soumette les contrats à un critère déterminé, sans recherche de volonté, lorsque celle-ci ne s'est pas clairement exprimée, suffit à expliquer la différence. Car même si l'on veut bien voir dans le régime légal un contrat tacite, par hypothèse, la volonté des parties ne s'y est pas clairement manifestée et il serait donc légitime que par assimilation aux contrats on le

(1) Civ., 5 décembre 1910, S., 1911.I.129, note Ch. Lyon-Caen, 1912.1156 ; *Revue*, 1911.395 ; cf. aussi Civ., 31 mai 1932, S., 1933.I.17, note J. -P. Niboyet ; *Revue*, 1934.909 ; Req., 2 novembre 1937, S., 1938.I.30 ; cf. H. Batiffol, « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », *Festschrift Hans Lewald*, p. 219 et s. et *Traité*, p. 619, n° 570.

(2) Civ., 21 juin 1950, D., 1951.749, note J. Hamel ; S., 1951.I.1, note J.-P. Niboyet ; *J.C.P.*, 1950.II.5812, note J.-P. Lévy.

(3) Sur les discussions doctrinales : H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le Droit international privé des contrats », in *Mélanges Maury*, t. I, p. 39 et s.

(4) Civ., 6 juillet 1959, *Revue*, 1959.708, note H. Batiffol.

(5) *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1956, p. 27 (art. 89 et 90).

(6) Cf. A. Weill, « Les conventions de La Haye sur la vente à caractère international d'objets mobiliers corporels », Communication du 14 février 1958, *Comité de Dr. Int. Pr.*, 1958-1959, p. 37. Cf. A. Tunc, « Convention de La Haye du 1er juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels », *Rev. int. dr. comp.*, 1964.547. Cf. G. Droz, « Entrée en vigueur de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », *Revue*, 1964.663.

soumette à un critère déterminé. On objectera que la volonté des parties peut s'exprimer en des actes postérieurs au mariage. Or si l'on poursuit le parallèle avec les contrats, il est reconnu que les parties ont la possibilité de décider du choix de la loi par un acte indépendant du contrat et postérieur à lui. Ce second contrat se greffe alors sur le premier. Mais cette possibilité existe parce que le droit des contrats permet aux contractants, du moment qu'ils sont d'accord, de compléter, de modifier ou d'annuler leurs conventions. Or, en matière de régime matrimonial, l'on se heurte au principe d'immutabilité ou du moins de mutabilité relative. Si les époux peuvent modifier leurs conventions matrimoniales — et cette possibilité dépend précisément de la loi applicable — ils ne le peuvent que sous certaines conditions et selon certaines formes, dont il n'est guère imaginable qu'elles soient respectées dans les actes postérieurs dont la jurisprudence tient compte.

95. On peut se demander si les critères que l'on propose d'adopter pour les contrats à défaut de volonté exprimée, pourraient recevoir application en matière de régime légal. Le lieu de conclusion de l'acte aurait pour équivalent le lieu de célébration du mariage (1). Or ce dernier est jugé par la doctrine, sauf par M. Louis-Lucas, trop circonstanciel. Comment expliquer alors la tradition jurisprudentielle en faveur du lieu de conclusion ? C'est que les liens entre deux contractants et entre deux époux ne sont pas les mêmes. Le contrat est en règle générale une opération qui rapproche momentanément et partiellement deux personnes, un simple épisode dans leur vie. Le lieu de conclusion prend par contrecoup proportionnellement beaucoup plus d'importance. Il est celui du rapprochement des deux parties. La résidence du vendeur ou de l'acheteur est sans doute un point de rattachement plus faible que le domicile matrimonial des époux. Dans une certaine mesure, cette plus grande faiblesse est proportionnée à la moins grande force des liens unissant les contractants. D'ailleurs la résidence des contractants n'est pas l'équivalent du domicile matrimonial et peut seulement être comparée à la résidence du mari et de la femme avant le mariage. On peut encore relever que la nationalité des contractants, à moins qu'elle ne leur soit commune, ne joue aucun rôle. On n'a jamais tenté de soutenir que l'égalité entre les parties serait respectée, si l'on préférait par principe la loi nationale de l'un. La loi de situation des biens concernés joue un rôle limité peut-être aux contrats qui ont pour objet la constitution ou le transfert d'un droit réel : or le régime matrimonial n'est pas considéré comme étant principalement destiné à opérer des transferts de droits réels.

(1) Civ., 5 décembre 1910, S., 1911.I.129, note Ch. Lyon-Caen ; Civ., 31 mai 1932, *Revue*, 1934.909 ; Req., 2 novembre 1937, S., 1938.I.30.

Savigny proposait le lieu d'exécution du contrat et cette idée a été retenue par la Cour de Colmar à propos d'un contrat de mariage (1). Mais les règles du régime matrimonial sont destinées à recevoir application partout où les époux auront des relations pécuniaires et le lieu d'exécution dépendra des circonstances de leur vie. Généralement, ce sera celui de leur domicile matrimonial. Mais il pourra ne pas être unique. D'autre part, si le lieu d'exécution n'a pas été initialement prévu par les époux, ce critère mettra en échec la règle de l'immutabilité. Enfin, parler d'exécution à propos d'un contrat de mariage est impropre. Le régime matrimonial n'est pas un contrat que l'on exécute, mais plutôt un cadre donné aux relations pécuniaires des époux. Un contrat ordinaire fait naître des relations entre les parties, le régime matrimonial sert, au contraire, à résoudre les problèmes suscités par des relations qui naissent indépendamment de lui.

M. Schnitzer préconise un système qu'il appelle la « loi de la prestation caractéristique » (2). Ce système consiste à déterminer la loi applicable selon la variété du contrat. Et chaque variété de contrat sera rattachée à la loi de la prestation qui le caractérise : « Dans la vie économique, c'est toujours une seule partie qui, concluant un contrat, exerce sa fonction : elle vend, elle transporte, elle assure, elle donne du crédit, elle emmagasine etc. L'autre partie n'est que client (...). L'obligation du client demeure toujours la même quelle que soit la diversité des contrats commerciaux, il paie pour la prestation qu'il demande ». C'est cette prestation et non le paiement qui est caractéristique. « Le contrat est soumis à la loi du lieu où la prestation caractérisant le rapport juridique est due ». On ne peut imaginer de transposer cette théorie aux régimes matrimoniaux. M. Schnitzer insiste pour distinguer sa méthode d'avec le critère fondé sur le lieu d'exécution. Néanmoins, s'il fallait lui trouver un équivalent en matière de statut pécuniaire des époux, on ne pourrait que se référer à la notion de principal lieu d'exécution, avec toutes les réserves déjà formulées à l'égard de cette notion.

96. Tous ces critères ont ceci de commun qu'il visent à remplacer la volonté défaillante, soit qu'on les considère comme des présomptions de celle-ci, soit que l'on estime qu'à défaut de volonté ils désignent objectivement la loi applicable. Mais dans tous les cas, on aboutit à un système double de conflit, la loi applicable étant désignée par les parties lorsqu'elles ont exprimé leur volonté et, à défaut, par le moyen d'un critère prédéterminé. Une tendance doctrinale a essayé de supprimer ce dualisme. Elle y arrive en remplaçant la notion de libre choix de la loi par celle de localisation du contrat par les parties. Selon cette thèse, « les parties sont libres de se placer si elles le peuvent, dans tel ou tel milieu juridique, mais non de

(1) Colmar, 28 mars 1928, D., 1929.II.84, note H. Desbois.
(2) A. Schnitzer, « La loi applicable aux contrats... », *Revue*, 1955.475.

récuser la loi que le régit» (1). La jurisprudence paraît influencée par cette idée, ainsi qu'en témoigne un arrêt de la Cour de Paris : « En matière de contrat et à défaut de choix conventionnel de la loi applicable, il appartient au juge de rechercher l'intention implicite probable des parties en se fondant essentiellement sur la manifestation de volonté qui résulte de la localisation effective de l'ensemble des éléments de fait de leur opération » (2). Mais dans la thèse de M. Batiffol, la volonté des parties localise le contrat. Pour la Cour de Paris, la localisation du contrat est, au contraire, l'indice de la volonté des contractants. M. Batiffol regrette, en outre, la distinction conservée par la jurisprudence entre le cas où les contractants ont exprimé leur volonté et celui où ils ne l'ont pas exprimée. La jurisprudence ne recourt, en effet, à la notion de localisation du contrat qu'à défaut de volonté exprimée. Pour M. Batiffol, la volonté des parties intervient pour localiser le contrat. Le rôle du juge consistant à déterminer cette localisation, il devra tout naturellement tenir compte de la volonté lorsqu'elle se sera exprimée. La thèse de la localisation a été transposée aux régimes matrimoniaux. En cette matière aussi elle renouvelle le sujet, mais sort du cadre de la loi d'autonomie (3).

SECTION III

ANALYSE DES CONSÉQUENCES PRATIQUES DE LA LOI D'AUTONOMIE

§ 1. — Souplesse et sécurité

97. Les partisans de l'autonomie de la volonté qui proposent d'ériger un indice en présomption essaient par là d'échapper au reproche d'incertitude et d'insécurité qui est le plus souvent adressé à leur système. Encore cet inconvénient est-il moins considérable pour les contrats qu'en matière de régime légal : d'abord, parce que les contrats internationaux interviennent fréquemment entre des parties averties qui savent se prémunir contre ce mal par des clauses expresses, d'autant plus facilement que les contrats sont en général rédigés par écrit ; ensuite, parce que si les parties ont négligé de désigner expressément la loi qu'ils choisissent, l'on pourra essayer

(1) H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats » in *Mélanges Maury*, t. I, p. 39 et s. *Contra* : P. Louis-Lucas, « La liberté contractuelle en Droit international privé français », *Mélanges Dabin*, t. II (1963), p. 743 et s., spécialement p. 758 et s. Il y voit « une subtilité déformatrice ».

(2) Paris, 16 juin 1959, *Revue*, 1960.72, note R. Jambu-Merlin ; Civ., 21 juin 1950, D., 1951.749, note J. Hamel.

(3) Cf. *infra*, nos 131 et s.

de déduire cette volonté par une analyse du texte. On est sûr au moins que les parties ont voulu un contrat. M. Savatier peut affirmer : « La volonté des parties, dit-on, d'une manière générale n'existe avec certitude et ne compte comme telle que dans les dispositions où elle s'est exprimée, Proposition dont on oublie qu'elle est en contradiction directe et irrémédiable avec les articles 1156 et suivants du Code civil. Car, enfin, il y a des textes que les tribunaux ont l'obligation de respecter, et qui leur enjoignent de rechercher, toutes les fois qu'ils sont embarrassés pour l'interprétation d'un acte, la volonté probable, même non exprimée des parties » (1). Mais pour le régime légal, il s'agit non pas d'interpréter, mais de tirer une volonté inexprimée d'un contrat tacite, sinon imaginaire.

Beaucoup d'auteurs estiment être jetés dans un « océan de doutes » (2). Niboyet, pour sa part, parle d'« une incertidude de billet de loterie » et d'un « état de halo juridique » (3). Le doyen Ripert déplore une « interprétation purement divinatoire d'une volonté inconnue » (4).

Cette incertitude est préjudiciable bien entendu aux époux. Pillet cite le cas d'une personne faisant deux testaments différents, « prévoyant le cas où elle serait jugée avoir vécu sous l'un ou l'autre de deux régimes » (5). Et la jurisprudence nous rapporte au moins l'exemple du sieur Breul qui avait prévu dans son testament des dispositions basées sur deux hypothèses (6). Pour être fixé, constate M. Delaume (7), il faut attendre l'imprévisible issue d'un procès. Et comme seule une décision judiciaire peut trancher la question, on aura d'autant plus facilement recours aux juges : cette autre conséquence néfaste du système est attestée par l'abondance même de la jurisprudence. « Encore, fait remarquer M. Savatier, l'autorité de ce jugement ne sera que relative » (8).

Les époux ne sont pas seuls à pâtir de cette imprévisibilité. L'état d'incertitude n'est pas moins gênant pour les tiers qui désirent contracter avec eux (9). Les auteurs ne manquent pas de souligner cet inconvénient. « Aucun acte, aucune publicité ne permet de savoir sous quel régime les époux sont mariés, puisque le choix implicite qu'ils ont pu faire ne s'est manifesté au dehors sous aucune forme déterminée et obligatoire. Dès lors ceux qui contractent avec un des époux sont exposés aux plus pénibles surprises quant à la validité et à l'efficacité de leur acte » (10). « Un contractant ne sera jamais

(1) R. Savatier, note sous Req., 4 juin 1935, D.P., 1936.I.7.
(2) Cf. M. Caleb, thèse, p. 320 : « Nous sommes, selon l'expression imagée de Laîné, dans un océan de doutes » ; E. Ricard (*Clunet*, 1912.1104) : « Laurent dit que c'est un océan de doutes ».
(3) J.-P. Niboyet, *Traité*, t. V, p. 408.
(4) G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*.
(5) A. Pillet, *Principes*, n° 247, p. 463, note 1.
(6) Paris, 15 décembre 1853, S., 1854.II.105 ; D.P., 1885.II.192.
(7) G. Delaume, p. 273.
(8) R. Savatier, note sous Req., 4 juin 1935, D.P., 1936.I.7.
(9) Cf. M. Caleb, thèse, p. 322.
(10) R. Savatier, note sous Req., 4 juin 1935, D.P., 1936.I.7.

assuré de l'étendue de son gage même si son cocontractant a affirmé dans l'acte être marié sous un régime donné» (1). « L'étendue de leur gage dépend du régime des époux. S'ils n'obtiennent pas des renseignements précis à ce sujet, ils refuseront peut-être de contracter et le dommage sera supporté en dernier lieu par les époux eux-mêmes» (2). M. Sialelli relève qu'une espèce jugée par la Cour de Paris illustre à merveille les inconvénients de cette incertitude : « Comment les époux H., si sûrement domiciliés à New York, si intégrées à la vie américaine, ont-ils été contraints de soutenir un procès en première instance et en appel devant les juridictions françaises ? C'est qu'un agent de change en 1957 a demandé le concours du mari pour l'emploi de fonds appartenant à la femme. Pour vaincre sa résistance, les époux H., entre lesquels n'existait aucun différend, ont dû saisir d'accord les juridictions françaises d'une action contre l'agent de change. Ils ont dû ainsi intenter une véritable action déclaratoire de régime matrimonial, et, bien que leur thèse ait finalement triomphé contre un défendeur s'en rapportant à justice, ils ont été condamnés aux dépens, l'instance ayant été intentée par eux dans leur intérêt exclusif» (3).

Cette incertitude que tolère le droit international privé français est d'autant plus étonnante si l'on songe que la jurisprudence fait de l'incapacité d'un époux une cause de nullité absolue du contrat de mariage, sous le prétexte que toute incertitude concernant le régime matrimonial serait inadmissible (4).

98. Certains auteurs, cependant, contestent cette imprévisibilité. Surville écrivait : « ... Il me semble que les circonstances dont notre jurisprudence induit la volonté commune des conjoints sur l'adoption tacite d'un régime matrimonial ne sont pas tellement voilées que les tiers ne puissent les connaître qu'en se livrant à de minutieuses recherches» (5). Mais il faisait preuve de trop d'optimisme, car même dans l'hypothèse où les tiers ont connaissance de tous les éléments d'après lesquels les juges auront à se prononcer, ils ne sauront pas encore quelles circonstances seront retenues par eux comme déterminantes. Dans presque tous les cas, on trouvera des indices et des arguments en faveur de deux thèses au moins et les juges souvent, plutôt que de déduire le régime des indices, retiennent les indices qui justifient leur choix. M. Carbonnier, de son côté, estime « que le chaos n'est pas aussi grand qu'on veut bien le dire et que l'appréciation des tribunaux se meut au milieu de données qui forment des catégories en nombre limité» (6). En fait, dans la

(1) J. B. Sialelli, note sous Civ., 5 mai 1953, *Clunet*, 1953.658.
(2) M. Caleb, thèse, p. 322.
(3) J. B. Sialelli, observ. sous Paris, 18 novembre 1960, *Clunet*, 1961..1096.
(4) L'alinéa 2 de l'article 1398 du Code civil dans sa rédaction de la loi du 13 juillet 1965 semble en faire désormais une nullité relative. Cf. *infra*, n° 200.
(5) F. Surville, *Rev. crit. législ. jurisp.*, 1897.223.
(6) J. Carbonnier, thèse, p. 590.

plupart des cas, on ne peut guère hésiter qu'entre deux régimes. Mais même alors du moment qu'il est impossible de savoir avec certitude sans procès auquel des deux régimes les époux sont soumis, l'inconvénient est certain. Les époux se voient parfois réduits à faire un procès fictif pour sortir d'une incertitude qui peut les priver de crédit à l'égard des tiers.

§ 2. — Caractère fictif de la volonté des époux

99. Aussi une présomption en faveur du domicile, telle que la retient la jurisprudence actuelle est utile, car elle atténue fortement l'imprévisibilité. Mais le fondement du système n'en reste pas moins vicié puisqu'on prétend l'appuyer sur une volonté que les époux n'expriment pas, qui le plus souvent n'existe pas et qu'on est obligé d'imaginer. Même, en admettant que chaque époux fait effectivement un choix implicite, la volonté tacite des deux conjoints pourrait porter sur des lois différentes et ne jamais se rencontrer. A vrai dire, ce dernier risque est purement hypothétique, car comme le disait déjà d'Argentré (1), il n'y a pas de volonté du tout. Ou plutôt la seule volonté des époux est de s'en remettre à la loi. Mais la loi se dérobe.

Gounot parlait de « fantôme de volonté » et il ajoutait : « Toujours quelque malencontreuse fiction vient dissimuler aux yeux du juriste la véritable nature des institutions juridiques ... Ces fictions religieusement respectées sont censées servir de support aux diverses institutions légales, et volontiers on se persuade que sans elles l'édifice juridique s'effrondrerait. En réalité, non seulement elles encombrent fort inutilement la science, mais rien ne contribue plus à donner à la pensée des juristes ce je ne sais quoi de tortueux, de factice et de faux, dont à bon droit se plaint l'opinion publique » (2). M. Savatier parle d' « option inconsciente » (3). « Il est est irrationnel, dit M. Delaume, de rechercher après coup une volonté qui n'a jamais existé. C'est non seulement irrationnel, mais c'est dangereux » (4). « Si loin qu'on le pousse, le respect de la volonté a

(1) B. D'Argentré, art. 218, gl. 6, n° 33.
(2) E. Gounot, thèse, p. 109.
(3) R. Savatier, note sous Req., 4 juin 1935, D.P., 1946.I.7.
(4) G. Delaume, p. 273 ; cf. également A. Pillet, *Traité*, t. II, p. 223, n° 505. Cf. également R. Sarraute, *Gaz. Pal.*, 1956.I, doctr. 1 : « Il est à peine besoin de souligner le caractère fictif de cette construction, les intéressés ignorant généralement les conséquences juridiques de l'adoption du régime de la communauté légale et cette ignorance étant tout à fait générale lorsque se posent des problèmes de choix entre diverses lois nationales », et H. Batiffol, *Revue*, 1956.10 : « La prétendue volonté que déclarent rechercher les tribunaux est un mythe... Quand un Français épouse une étrangère dans un pays tiers et que les époux déplacent peu après leur domicile, la proportion de ceux qui ont eu une intention quelconque quant à leur régime matrimonial devient pratiquement nulle ».

une limite qu'imposent les limites mêmes de la volonté, il doit s'arrêter là où s'arrête la volonté elle-même» disait encore Gounot (1) et M. Carbonnier résume l'objection dans une formule brève : « Silence + silence = zéro » (2).

100. La dénonciation du caractère fictif de la volonté attribuée aux époux fait aujourd'hui figure de lieu commun. « La volonté implicite que l'arrêt en déduit est du genre de ce que les Allemands appellent la volonté hypothétique, c'est-à-dire celle que les parties auraient dû raisonnablement avoir si la question leur était apparue. Cette volonté hypothétique est en réalité l'appréciation du juge sur sur les faits de la cause », explique M. Batiffol en commentant une décision de la Cour de cassation (3). Mais souvent même, la loi d'autonomie permet au juge du fond de juger en équité et de justifier son choix en l'attribuant aux époux. Elle a l'avantage pour lui d'être un système extrêmement souple. Les auteurs qui craignent une fraude de la part d'un époux ou des deux en exagèrent le risque. Certes, les faits postérieurs au mariage peuvent avoir été intentionnellement provoqués par les conjoints afin de ménager des circonstances propres à faire paraître l'intention commune d'adopter le régime qui leur est le plus favorable à l'un ou à l'autre (4). Mais les juges ne tiendront compte de ces faits que s'ils le jugent à propos. Ils pourront les écarter, sous prétexte qu'ils ne les estiment pas démonstratifs, sans avoir besoin de prouver ni même de soupçonner une fraude quelconque. Ils seront à même de se rendre compte du régime qui convient le mieux. En outre, ils ne décideront de ce régime généralement qu'à sa dissolution, alors que les époux sont censés choisir à l'instant de la célébration. Même si ces derniers choisissaient vraiment, ils le feraient souvent à l'aveuglette, ne connaissant pas de façon certaine le déroulement futur de leur vie, alors que les juges savent quelles conséquences précises aura leur décision.

101. « Si les juges sont dans leur majorité, et en tout cas à la Cour de cassation, si fidèles au système de la liberté de choix, c'est sans doute qu'ils se trouvent généralement saisis de la question lors de la liquidation du régime. Ils se réservent ainsi la possibilité de déclarer commune en biens la veuve sans ressource ou d'empêcher au contraire en la réputant séparée de biens. qu'une femme oblige son mari lors d'un divorce survenu après quelques années de mariage, à une liquidation désastreuse de ses affaires » (5). Mais le principe d'immutabilité ou du moins de mutabilité limitée du régime matrimonial n'est pas respecté dans ces ajustements. Or la règle de conflit n'est pas faite pour pallier les inconvénients de ce principe qui contraint

(2) F. Gounot, thèse, p. 206.
(2) J. Carbonnier, thèse, p. 527.
(3) H. Batiffol, note sous Civ., 7 novembre 1961, *Revue*, 1962.681.
(4) Cf., par exemple, G. Delaume, p. 273 ; M. Caleb, thèse, p. 321.
(5) H. Batiffol, *Revue*, 1956.101.

les époux à choisir dès avant le commencement de leur vie commune le régime convenant le mieux à cette vie. En outre, si le destin de tout régime est d'être un jour liquidé, au moment où les liens matrimoniaux sont brisés par la mort ou par le divorce, pendant que ces liens durent, le régime a un rôle actif à jouer. Or ce système laisse planer un doute sur le régime jusqu'à une décision judiciaire. Le régime aura peut-être changé plusieurs fois au cours de la vie des époux, en ce sens que les juges suivant l'époque où ils auraient eu à se prononcer auraient rendu des décisions différentes. Les époux bien sûr n'auront rien su de ces changements virtuels. Nast relevait déjà ce danger, lorsqu'il écrivait : « La détermination de leur régime matrimonial est donc subordonnée à l'éventualité d'un procès et, presque toujours, c'est à la dissolution du mariage seulement que le procès a lieu et qu'un tribunal est appelé à décider par l'appréciation souveraine d'une volonté rétrospective présumée, quel a été le régime des époux. Le régime matrimonial est donc fixé au moment précis où il prend fin : en sorte que, tant que dure le mariage, les époux, et, ce qui est particulièrement grave, les tiers qui entrent en relations avec eux, ignorent sous quel régime ils sont mariés. Cette conséquence est la négation même de cette idée incontestable que tout régime matrimonial est un véritable statut, et la charte pécuniaire de l'union conjugale, et, pour ce motif, doit être fixé dès le début du mariage » (1).

Envisagé d'un point de vue purement pratique, le débat autour de la loi d'autonomie est celui-ci : faut-il préférer la souplesse à la sécurité ou le contraire ? Or c'est finalement tout le problème des règles en droit. Il est classique d'opposer dans les manuels de droit l'ordre et la justice ou encore la sécurité et l'équité (2) et MM. Mazeaud donnent la réponse nécessaire à ce dilemme en rappelant que « sous l'Ancien Régime, les plaideurs priaient Dieu de les garder de l'équité des Parlements. C'est que si le juge peut statuer en équité toute sécurité disparaît ». Et avec elle, finalement l'équité elle-même.

§ 3. — Remèdes aux inconvénients de la loi d'autonomie

102. Le système de la présomption atténue l'incertitude, mais achève de consacrer le caractère fictif de la volonté qu'on prétend découvrir. Un autre remède a été proposé, susceptible à la fois de supprimer l'incertitude et de rendre réelle la volonté des époux. Ce système consisterait à obliger les époux à se prononcer lors de leur mariage. Laurent écrivait : « Il faut chercher un moyen d'obtenir des futurs époux la déclaration de leur volonté. La difficulté se présente quand des étrangers se marient en Belgique ou que des Belges se

(1) M. Nast, note sous Trib. civ. Strasbourg, 15 octobre 1923, D.P., 1924.II. 41.

(2) H. L. et J. Mazeaud, *Leçons*, t. I, p. 22.

marient à l'étranger. Pour les mariages célébrés en Belgique, le législateur peut exiger que les parties déclarent leur volonté. D'après une disposition de la loi hypothécaire les futurs époux doivent faire connaître à l'officier de l'état civil la date de leur contrat de mariage et le notaire qui l'a reçu ; on pourrait exiger, en outre, qu'ils déclarent la loi a laquelle ils entendent se soumettre, la loi belge ou leur loi nationale : l'officier public appellerait d'avance leur attention sur ce point ; s'ils omettaient de faire la déclaration, ils seraient censés adopter le régime de droit commun, c'est-à-dire la communauté légale. Quant aux Belges qui se marient à l'étranger, ils doivent faire les publications en Belgique ; dans ces publications ils déclareraient s'ils entendent adopter le régime de la loi belge ou le régime légal du pays où ils célèbrent leur mariage ; à défaut de cette déclaration, ils seraient réputés en Belgique d'être mariés sous le régime de la communauté légale » (1).

Une législation au moins a adopté ce système : l'article 64, alinéa 3, du Code monégasque (2) prévoit une déclaration des époux au moment de la célébration du mariage sur l'interpellation de l'officier de l'état civil. Le choix permis aux époux est restreint à leur loi nationale et à la loi monégasque. En France, ce système qui supposerait une réforme législative n'a jamais été adopté. Mais il a eu de nombreux défenseurs. Pallamary (3), Ricaud (4), de Boeck (5), Enault (6), Audinet (7), Weiss (8), Vacheron (9) ont tour à tour argumenté en faveur du système optionnel que Roguin, le délégué suisse, avait proposé d'adopter lors de la Troisième Session de la Conférence de La Haye (10). De son côté, la Société d'Etudes Législatives avait, en 1909, sur proposition de Piédelièvre, introduit dans son projet cette possibilité d'option devant l'officier d'état civil pour les époux étrangers se mariant en France. Mais à défaut d'option, elle retenait la compétence de leur loi nationale, plutôt que celle de la loi française. Cette possibilité d'option ne se greffait pas, en effet, sur le système de l'autonomie de la volonté, mais était un aménagement à la compétence de la loi personnelle que la Société d'Etudes Législatives promouvait (11). Aussi peut-on comparer ce choix à celui qu'accorde

(1) F. Laurent, t. V, p. 435.

(2) Art. 64, al. 3, Code monégasque (ajouté par une ordonnance du 12 mars 1913). Cf. Rapport Me Collot au 58e *Congrès des Notaires de France*, p. 113.

(3) N.A.G. Pallamary, *Des conflits de législations relatifs aux conventions matrimoniales*, thèse, 1884, p. 202.

(4) N. Ricaud, thèse, p. 147.

(5) Ch de Boeck, note sous Trib. civ. Seine, 5 avril 1887, D.P. 1888.II.265.

(6) E. Enault, thèse, p. 164.

(7) E. Audinet, *Principes*, 2e éd., p. 578 ; *Recueil*, no 44, 1932.II. p. 265.

(8) A. Weiss, *Traité*, t. III, p. 643.

(9) Vacheron, thèse, 1914, p. 221.

(10) Cf. E. Audinet, « Le régime matrimonial et le contrat de mariage d'après la convention de La Haye », *Revue*, 1910.289 et s., spécialement p. 294.

(11) *Soc. Et. Législ.*, séance du 10 juin 1909, quest. 19, p. 449, spécialement p. 459 ; cf. également Rapport A. Pillet, p. 429, spécialement p. 439.

l'article 999 du Code civil de tester en la forme française ou en la forme du lieu où l'acte est passé et retenir ce que Niboyet disait de ce dernier : « L'individu qui exerce un choix n'use pas du tout de l'autonomie de la volonté, car si le législateur n'avait pas prévu ce choix à son profit, il serait absolument impuissant à l'exercer quelle que soit sa propre volonté » (1). « Je crois que nous avons agi là un peu en flatterie pour la jurisprudence française, parce que tous ceux qui connaissent bien cette jurisprudence en matière internationale savent bien qu'elle montre une tendance très accusée à appliquer la loi française là où il le faut, parfois même là où il ne le faudrait pas », disait Pillet en commentant le projet (2).

103. Le système de l'option a, à nouveau, été proposé par Me Collot au 58e Congrès des Notaires de France : « La possibilité d'une simple option entre la loi locale et la loi nationale du mari serait certainement trop restrictive. D'autre part, il importe de protéger les futurs époux contre eux-mêmes et d'éliminer les déclarations de pure fantaisie. La logique et la prudence imposent la limitation du nombre des régimes légaux susceptibles d'être élus. Un lien visible, contrôlable par l'officier d'état civil, doit exister entre les intéressés et la loi choisie. Il semblerait rationnel d'accepter la loi du lieu de célébration du mariage, la loi nationale du mari, la loi nationale de la femme, la loi du domicile du mari, la loi du domicile de la femme » (3). Et certes, Me Collot est plus en accord avec la logique de la théorie de l'autonomie de la volonté en prévoyant un choix moins restreint. Mais il est permis de se demander comment des particuliers exerceraient un choix qui pourrait embarrasser des juristes mêmes savants, car il ne s'agit pas seulement de connaître les différents régimes d'une même loi, mais éventuellement cinq lois différentes. Or ceux qui font un contrat de mariage bénéficient des conseils du notaire. L'officier d'état civil pourrait-il remplacer celui-ci dans le rôle de conseiller ? Non, pour plusieurs raisons. D'abord ce n'est pas là son rôle ; ensuite, il serait incompétent ou du moins ses fonctions n'impliquent pas une telle compétence ; enfin, au moment de la célébration du mariage, il serait un peu tard pour débattre des mérites respectifs des différentes législations. On imagine mal la cérémonie interrompue par de longs exposés et de non moins longues discussions juridiques. Bien sûr, les époux pourraient se renseigner avant la cérémonie, pendant laquelle il ne leur resterait plus qu'à indiquer un choix arrêté au préalable.

(1) J. P. Niboyet, *Recueil*, n° 16, 1927.I.1, spécialement p. 6.

(2) Rapport A. Pillet, précité. Sur cette tendance, cf. J. M. Bischoff. *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, spécialement p. 116.

(3) *Congrès des Notaires*, p. 114 et s. Cf. Vœux du 7e Congrès de l'Union Internationale du Notariat Latin ; v° R. Le Moal, *Clunet*, 1965.81 et s. Ces vœux s'apparentent au système proposé en 1909 par la Société d'Etudes Législatives, l'option étant un aménagement à la compétence de la loi nationale.

Selon Me Collot, « on pourrait d'ailleurs exiger ... la présentation à l'officier d'état civil d'un certificat notarié d'option ».

104. Ce système, avec sa simplicité apparente, est trop compliqué pour les époux. Si ces derniers ne font pas de contrat de mariage, c'est le plus souvent qu'ils veulent se dispenser des formalités. La raison d'être d'un régime légal disparaît si les époux, à défaut de contrat, doivent se plier à des formalités équivalentes. D'autre part, il n'est pas toujours très simple de se renseigner sur le droit étranger. Le notaire ne sera-t-il pas tenté de conseiller aux époux de choisir le régime matrimonial français ou, si celui-ci ne leur convient pas, d'adopter un régime conventionnel ? Il est certain en tout cas que ce système favoriserait la loi du lieu de célébration. Or le lieu de célébration est pour la plupart des auteurs un critère fragile.

En restreignant le choix à deux lois comme le fait la loi monégasque, on atténue certains inconvénients du système. Il sera notamment beaucoup plus facile aux époux de se renseigner sur deux régimes que sur les cinq entre lesquels Me Collot voudrait ouvrir l'option et même s'ils ne se renseignent pas et s'en remettent au hasard, le rôle imparti à celui-ci sera moins considérable. L'arrière-pensée dans un tel système, n'est-il pas que l'on pourrait conseiller aux époux d'opter pour leur loi nationale, s'ils comptent retourner dans leurs pays et, au contraire, pour la loi française, s'ils se sont installés en France sans esprit de retour ? On retrouve, somme toute, l'hésitation qu'on décèle dans la jurisprudence et dans la doctrine entre le critère tiré de la nationalité et celui fondé sur le domicile. Tout se passe comme si l'on estimait que les deux critères se valent : pour les départager, ont recourt aux époux eux-mêmes. Dès lors, l'option apparaît comme un pis-aller. En outre, réduire le choix à deux lois, c'est soit supposer que les époux sont de même nationalité, soit donner une préférence arbitraire à l'une des lois nationales, probablement celle du mari. Ce choix réduit a, il est vrai, été proposé avant les réformes qui ont permis à la femme de conserver une nationalité distincte. Enfin, ce système ne conviendrait qu'aux mariages célébrés en France. On pourrait à la rigueur profiter des publications que les Français se mariant à l'étranger doivent faire en France. Mais ces publications sont-elles toujours faites (1) ?

(1) Il a été proposé que tous les époux bénéficient d'une option même en dehors de l'hypothèse d'un conflit de lois. Un projet de loi avait été déposé en ce sens en 1932 par René Renoult (*Journal des Débats de l'Assemblée nationale*, 1932, n° 594). Selon ce projet, le époux auraient pu déclarer à l'officier d'état civil vouloir adopter un autre régime que le régime légal. Cf. Planiol et Ripert, t. VIII, n° 5, note 2 ; P. Spiteri, *L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal*, p. 151. Plus récemment encore, lors de la discussion du projet Michelet, un certain nombre de députés ont été partisans de l'option. Et les débats à l'Assemblée Nationale sur le projet de réforme des régimes matrimoniaux qui a abouti à la loi de 1965, ont démontré que le système de l'option avait gagné beaucoup de partisans. Tronchet, en 1904, a été le précurseur de ce système.

105. Un avocat à la Cour de cassation, Edmond Ricard, proposait, dans le cadre de la théorie de l'autonomie, une autre solution dont le mérite était de respecter non seulement la volonté, mais encore l'absence de volonté des époux (1). « La raison naturelle, écrivait-il, confirmée par l'évolution historique, la doctrine, la jurisprudence la plus récente, est de faire de la question de savoir quel régime matrimonial les conjoints mariés à l'étranger ont adopté, une question d'intention et de libre-volonté, ainsi que, pour le droit national et intérieur, l'admet l'article 1387.

« C'est à la partie qui prétend attribuer un régime matrimonial déterminé à son adversaire à faire la preuve de ce régime en conformité du droit commun dont l'article 1315 du Code civil est une application ...

« ... Si le doute persiste sur la nature des conventions matrimoniales des parties qui ont convolé en terre étrangère, n'est-il pas d'une logique parfaite de dire que la preuve d'une convention, d'une intention quelconque n'étant pas acquise, les parties sont restées, quant à leurs biens, dans l'état où elles étaient avant de contracter mariage, chacune conservant son patrimoine tel qu'il est. De telle sorte qu'elles se trouvent ainsi par la force des choses à l'état de conjoints sous le régime de séparation de biens.

« Je n'hésite pas à dire que c'est là ce qui, d'après moi, s'impose, non seulement en équité pour éviter de contraindre les époux à un régime arbitraire qui peut avoir des conséquences pécuniaires redoutables puisque le régime de communauté légale fait passer à chacun des époux la moitié des biens mobiliers de l'autre, mais qu'il s'impose aussi en jurisconsulte soucieux de la technique juridique. C'est une solution irréprochable, élégante, peut-on dire, et d'une rigueur mathématique ».

Le défaut de cette théorie est précisément sa rigueur mathématique. Ricard se fonde sur deux postulats et en tire toutes les conséquences. Mais, si dire de la séparation de biens qu'elle est une absence de régime plutôt qu'un véritable régime, en donne une image assez juste, ce n'est qu'une image qui ne doit pas être prise pour une vérité absolue : la meilleure preuve en est qu'il faut des règles pour organiser la séparation. D'autre part, même si l'on admet que le régime des époux dépend d'eux seuls, il faut au moins y mettre une limite : la libre volonté permet aux époux de se soumettre au régime de leur choix, non pas de ne se soumettre à aucun régime.

Récemment un auteur s'est surtout préoccupé de l'intérêt des tiers (2). Pour leur éviter des recherches hasardeuses, il préconise dans tous les cas où le régime matrimonial ne peut être déterminé

(1) E. Ricard, *Clunet*, 1912.1104 et s.

(2) Cl. J. Berr, « Les relations patrimoniales entre époux en droit international privé », *Clunet*, 1965, p. 304 et s., nos 31 et s.

à l'aide de critères sûrs (1), qu'on leur permette de traiter avec les époux comme s'ils étaient soumis au régime légal français. Les tiers pourraient cependant, s'ils le préfèrent, traiter avec les conjoints sur la base de la loi étrangère. Cette dualité de solutions, selon qu'il s'agit des relations avec les tiers ou entre les époux, ressemble à celle qui existe en droit suisse (2). Elle appelle les mêmes objections. Elle méconnaît l'unité du régime matrimonial et si elle est protectrice des tiers, elle est dangereuse pour les époux.

SECTION IV

ÉTUDE CRITIQUE DE LA THÉORIE DE L'AUTONOMIE

106. La discussion autour de la loi d'autonomie ne porte pas seulement sur ses avantages et ses inconvénients pratiques, elle a également pris un tour plus abstrait. Le plus souvent, on a voulu réduire le problème à la question de savoir si le régime légal était ou n'était pas un contrat tacite. Cela pour des raisons historiques. En effet, le point de départ de la théorie de l'autonomie, c'est l'affirmation de Dumoulin selon laquelle le régime légal est une convention implicite. Le jurisconsulte du XVI^e^ siècle avait voulu en tirer une justification du personnalisme. Mais les partisans de la loi d'autonomie prétendaient résoudre ce qu'ils considéraient comme une contradiction : pour eux, l'idée de contrat tacite doit nécessairement aboutir à celle d'autonomie de la volonté. Et les adversaires de celle-ci ne pensent pas autrement. Ils estiment ne pas pouvoir repousser la compétence de la loi d'autonomie s'ils ne démontrent pas que le régime légal n'est pas un contrat tacite. La Cour de cassation fonde l'autonomie de la volonté en la matière, non seulement sur l'article 1387, mais aussi sur l'article 1134 du Code civil (3). Ce point de vue suppose que l'on ne conteste pas la loi d'autonomie en matière contractuelle. Or il est un fait qu'en ce domaine elle est plus communément reçue, encore que de fortes tendances s'expriment pour la limiter aux cas où la volonté s'est clairement manifestée. Des législations étrangères, et le droit italien notamment, donnent un certain rôle à la volonté des contractants pour les conventions ordinaires et non pas pour les régimes matrimoniaux mêmes conventionnels.

Il faut donc se demander d'abord si la loi d'autonomie doit être admise en droit international privé. Et si l'on en accepte le principe,

(1) C'est-à-dire, hormis le cas où ils ont fait un contrat de mariage et celui où ils se sont mariés dans le pays de leur nationalité commune. Dans ce dernier cas, en effet, l'auteur préconise que leur loi nationale gouverne leur régime matrimonial.

(2) Cf. n° 49.

(3) Civ., 4 janvier 1956 (*Adao*), *Revue*, 1956.99.

la question se pose de savoir s'il faut limiter son domaine aux contrats. Dans la mesure où il en est ainsi, il est important de prendre position sur la théorie qui fait du régime légal un contrat tacite, car l'application à ce régime de la loi d'autonomie en dépendra. Enfin, il restera à déterminer si cette loi doit être admise pour tous les contrats et spécialement pour le contrat de mariage.

§ 1. — La théorie de l'autonomie de la volonté en droit international privé

107. A vrai dire, avant de s'interroger sur le rôle que doit jouer la notion d'autonomie de la volonté en droit international privé, il faudrait s'interroger sur cette notion elle-même. Il s'agit de savoir si la théorie de l'autonomie est propre au droit international privé ou si la règle de conflit est un simple effet d'un principe beaucoup plus général qui gouvernerait tout le droit. Plus précisément, puisque l'on parle aussi bien d'autonomie de la volonté en droit privé interne qu'en droit international privé, cette expression recouvre-t-elle deux théories indépendantes ou une théorie unique à effets multiples ?

L'autonomie de la volonté est définie par Gounot comme la doctrine « qui, affirmant la volonté libre comme la source initiale et la fin suprême de l'ordre juridique, exalte partout l'idée de contrat et fait de la liberté illimitée des conventions l'unique principe régulateur des relations humaines » (1). Si la volonté libre crée le droit et si le droit n'est que la volonté en acte (2), il faut admettre que c'est le choix des parties qui confère à la loi son autorité sur le contrat et que seule donc la loi choisie par les parties puisse régir ce contrat. L'on comprendrait même que les parties puissent se créer leur propre loi indépendante de toute législation existante : cette conséquence extrême mais logique n'est pourtant pas admise par la jurisprudence et cette seule raison devrait suffire à prouver que la théorie de l'autonomie n'est pas reçue sans restrictions en droit international privé. Et en droit interne ? L'autonomie de l'individu « n'est au fond qu'une large compétence », dit Gounot qui argue de l'existence de nombreuses lois impératives s'imposant à l'encontre même de la volonté des particuliers. Cette compétence est délimitée par les règles de droit. Il n'appartient donc pas à la volonté de les choisir. Ainsi réduite l'autonomie de la volonté devrait être de nulle conséquence en matière de conflits de lois. En effet, la compétence de la volonté étant déterminée par la loi applicable, il ne peut être de cette compétence de déterminer la loi applicable.

« Il me paraît impossible, écrivait pourtant Laurent, que l'on fasse abstraction de la volonté tacite des époux ; ce serait mettre

(1) E. Gounot, thèse, p. 341.
(2) E. Gounot, thèse, p. 449.

la volonté du législateur à la place de la volonté des parties, alors que le législateur lui-même déclare que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont formées» (1). Il est significatif que Laurent en rapportant l'article 1134 du Code civil oublie une précision qui en change considérablement le sens : « L'article 1134 n'envisage que les conventions « légalement» formées et signifie « que sous les conditions générales déterminées par la loi positive, le droit reconnaît aux individus une large compétence dans le règlement de leurs intérêts réciproques» (2). Même d'ailleurs si la lettre du texte ne le confirmait pas, il n'en resterait pas moins que cette force est accordée aux conventions par une loi française interne. Pour que cette loi interne française régisse un contrat international, encore faut-il qu'elle soit compétente. Il y a donc contradiction à vouloir se servir de ce texte pour résoudre un conflit de lois qu'il suppose résolu.

La loi interne ne se prive pas de poser des règles impératives qui limitent les possibilités de la libre volonté. Une même idée ne peut justifier que ces règles soient impératives en droit interne et deviennent facultatives en droit international privé. « Moribonde en droit interne, l'autonomie de la volonté sévit encore en droit international privé», s'étonne M. Delaume (3).

108. Cette différence peut pourtant s'expliquer. A la question de savoir d'où la volonté tire en droit international privé des pouvoirs qui lui sont refusés en droit interne, on répondra que c'est de la règle de conflit. Les parties déterminent la loi applicable, car la loi du for les y invite et prend à son compte leur choix. Si le droit international privé leur accorde une plus large autonomie que le droit interne, c'est que « le commerce international a ses nécessités, différentes de celles du commerce interne» (4).

La justification de la loi d'autonomie est surtout d'ordre pratique. Aucune loi n'ayant vocation à l'emporter, autant laisser aux parties le choix, plutôt que de les soumettre arbitrairement à une loi déterminée. M. Caleb parle d'une « présomption de confiance de la part de la communauté internationale dans l'autonomie de l'individu» (5). Dès lors, on s'explique que, si on laisse aux parties le choix de la loi, on ne leur laisse cependant pas la possibilité de ne se soumettre à aucune loi (6).

Mais alors ce n'est pas la liberté de contracter qui justifie la loi d'autonomie. Pourquoi donc celle-ci limite-t-elle son empire aux

(1) F. Laurent, *Droit civil international*, t. V, p. 434.
(2) M. Caleb, thèse.
(3) G. Delaume, note sous Com. 29 janvier 1951, *J.C.P.*, 1951.II.6352. Cf. également J. P. Niboyet, *Recueil*, n° 16, 1927.I., p. 1 et s., spécialement p. 7.
(4) H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, 1938, p. 11 et s.
(5) M. Caleb, thèse, p. 58.
(6) Civ., 21 juin 1950, *Revue*, 1950.609 ; cf. H. Batiffol, *Aspects philosophiques du Droit international privé*, p. 66 et s.

contrats, à tel point que, pour lui soumettre le régime matrimonial, il paraît nécessaire de soutenir qu'il est un contrat ? On répondra que si le rôle de la volonté n'est pas suffisant pour la fonder, il est cependant nécessaire. La règle de conflit, en effet, se contente de déplacer les limites de la compétence de la volonté. Celle-ci ne naît pas à l'occasion du conflit de lois, elle est de la nature même de l'institution, on se contente, en la circonstance, d'élargir son rôle. « La volonté libre d'un individu se combinant avec la volonté libre d'un autre individu crée la notion de contrat », dit M. Caleb. La loi limite plus ou moins la liberté des contractants. La règle de conflit peut la limiter moins que la règle interne, en permettant aux contractants de choisir la règle interne à laquelle ils veulent se soumettre. « Comment, demande Niboyet, les parties ont-elles ici le pouvoir de faire du droit international privé et de se substituer à l'autorité publique, seule qualifiée à cet égard ? Comment substituer la volonté des parties à celle du souverain dans l'élaboration de règles de solution des conflits de lois qui nous apparaissent comme des règles de droit public ? » (1). Cette objection vaut seulement si l'on soutient que la volonté puise en elle-même le pouvoir de déterminer la loi compétente. Elle vaut contre la théorie de l'autonomie de la volonté qui, selon un de ses défenseurs (2), « est ainsi nommée, parce qu'elle admet que l'être libre se fait à lui-même sa loi ». Mais aujourd'hui, si l'on a conservé l'expression d'autonomie de la volonté, elle est devenue inexacte. On ne soutient plus que la volonté crée sa propre loi. Les parties n'élaborent pas la règle de conflit, mais usent d'un pouvoir qui leur est conféré par cette règle et celle-ci est posée par l'autorité publique. Par conséquent, la volonté des contractants n'est pas élevée au rang de pouvoir souverain autonome, parallèle à celui du législateur.

§ 2. — La théorie du contrat tacite

109. « La théorie de l'autonomie de la volonté est née à propos des contrats et s'y cantonne jusqu'ici » (3). La question reste donc posée de savoir si le régime légal est un contrat tacite. Or si, au XIX^e^ siècle, la plupart des auteurs répondaient par l'affirmative (4), de nos jours la tendance est inverse (5).

(1) J. P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *Recueil*, n° 16, 1927.I., p. 1 et s., spécialement p. 14.

(2) E. Enault, *Du régime matrimonial des époux mariès sans contrat*, p. 156.

(3) J. P. Niboyet, *Recueil* n° 16, 1927.I., p. 7.

(4) Cf., par exemple, Aubry et Rau, t. I, p. 117 ; t. VII, p. 470 ; L. Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 344 ; A. Weiss, t. III, p. 647.

(5) Cf., par exemple, Ripert et Boulanger. *Traité civ.*, t. IV, 1959, p. 11 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 3° édit., 1948, t. III, n° 4 ; Colin et Capitant, *Cours*, 9° édit. par L. Julliot de la Morandière, t. III, n° 13, 1945 ; A. Weill, V° *Communauté* n° 10, *Encyclopédie Dalloz Répertoire de Droit civil* ; Planiol et Ripert, t. VIII, p. J. Boulanger, n° 8. *Contra* : H., L. et J. Mazeaud, *Leçons*, t. IV, 1963, p. 43.

Il est généralement reconnu qu'historiquement le principe de la liberté des conventions matrimoniales ne s'est imposé que tardivement (1). On ne peut donc pas prétendre que le régime légal est né pour remplacer les défaillances contractuelles des époux. Il est faux de dire que son origine se situe dans l'habitude qui fut prise de soumettre les époux qui avaient omis de faire des conventions, au régime le plus en usage (2). Peu à peu, au contraire, l'usage s'est introduit de permettre aux époux d'échapper par contrat à la réglementation commune. Mais, a-t-on affirmé (3), même après Dumoulin, ce n'est guère qu'en matière de conflits de coutumes que les auteurs retiennent l'idée de contrat tacite : « Dès qu'ils se sont débarrassés de cette matière, ils n'éprouvent plus le besoin de fonder la communauté coutumière sur l'intention présumée des époux ». Le législateur n'a donc pas simplement fait fonction de notaire, comme le suggéraient Despagnet et de Boeck (4). L'intérêt de la discussion, c'est que, pris sous cet angle, le régime conventionnel apparaît comme l'exception et le régime légal comme le droit commun. Cette dernière expression est d'ailleurs consacrée. Ce point de vue est, en outre, confirmé par la statistique : 54 974 contrats de mariage pour 316 873 régimes légaux en 1962 (5). Commentant l'article 1392 du Code civil, Guillouard (6) écrivait : « Remarquons seulement que si les époux choisissent un autre régime que celui de la communauté légale, ils doivent le déclarer formellement : cette idée est vraie pour tous les régimes autres que le régime de la communauté, puisqu'ils constituent des régimes d'exception dans la théorie du Code ... ».

110. Bien entendu, ces faits ne suffisent pas à démontrer qu'aujourd'hui le régime légal n'est pas un contrat tacite. Mais d'autres arguments sont développés. Les adversaires de la théorie du contrat tacite comparent souvent le rôle de la volonté en matière de régime matrimonial à celui qu'elle tient en matière de dévolution successorale (7). C'est un piège auquel s'est laissé prendre Dumoulin qui rangeait l'exclusion des filles dotées aux successions paternelles et maternelles parmi les statuts réels. Bouhier le déplore :

(1) Cf. E. Bartin, *Principes*, t. II, § 302, p. 250 ; F. Surville, *Cours*, n° 356 ; Tison, thèse, p. 103 ; F. Olivier-Martin, *Histoire de la Coutume de Prévôté et du Vicomté de Paris*, t. II, fasc. 1, p. 178-225 ; Ch. Lefevre, *Le Droit des gens mariés*, p. 225, 407, 430 ; P. Ollier, *De la liberté pour les futurs époux de fixer leur régime matrimonial dans l'ancien Droit coutumier*, thèse, 1902.

(2) F. Laurent, t. V, p. 390 et 427.

(3) Cf. Tison, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit*, thèse, 1931, p. 103.

(4) F. Despagnet, *Précis*, p. 972.

(5) Enquête du Conseil supérieur du Notariat, à la demande du Ministère de la Justice. Cf. *J. Not.* 1965.47496.

(6) L. Guillouard, *Contrat de mariage*, t. I, n° 85.

(7) Cf., par exemple, E. Bartin, note sous Alger, 2 mai 1898, D.P., 1898.II. 457.

« Ce qui m'a le plus surpris, c'est de trouver dans la foule des partisans de cette opinion Me Charles Dumoulin » (1). Il y a une certaine contradiction, en effet, à faire du régime légal un contrat tacite, tout en refusant de voir dans les règles de la succession *ab intestat* un testament tacite. D'Argentré se fondait sur cette contradiction pour reprocher à Dumoulin sa théorie du contrat tacite (2). Bouhier dit que « c'est sans réplique ». Mais il reproche à Dumoulin de n'avoir pas admis la personnalité des statuts exclusifs des filles dotées dont il y avait, selon lui, encore moins à douter que des statuts introductifs de la communauté. Les partisans de la théorie de l'autonomie se contenteront de dire qu'un accord de volontés a plus de pouvoir que la volonté isolée et que l'autonomie ne joue pas pour les actes juridiques unilatéraux.

111. En faveur de la thèse du contrat tacite, on a invoqué le fait que le Code civil traite du régime légal dans un titre intitulé « Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux », placé au sein du Livre III consacré aux « Différentes manières d'acquérir la propriété », avec des titres réservés aux différents contrats de vente, de louage ... « Peut-on mieux montrer que le contrat de mariage, qui, sans doute, est sur certains points solidaire du mariage, a cependant aux yeux du Code une toute autre nature ? » (3). Mais nul n'ignore qu'il faut se garder de tirer des conclusions des intitulés et du plan du Code. MM. Marty et Raynaud ne disent-ils pas de ce Livre III qu'il est un « véritable débarras » et que la plupart des matières qui y sont traitées « n'ont avec l'acquisition de la propriété qu'un rapport lointain ou inexistant » ? (4). Les projets de Cambacérès traitaient du régime matrimonial à propos du mariage comme le feront plus tard le Code suisse et le Code allemand, par exemple. « Les pays qui ont des Codes civils ont tous consacré des textes législatifs au régime des biens des époux qui ne font pas de contrat de mariage. Ils les ont placés en général parmi les dispositions légales qui ont trait au mariage lui-même, dont ils ne sont, en effet, qu'une des conséquences juridiques » (5). Aubry et Rau qui admettaient pourtant la théorie du contrat tacite, en voulant donner à leur Traité un plan conforme à la logique même du droit, ont placé leurs développements sur le régime matrimonial intitulés « Du mariage quant aux biens des époux », dans un titre « Du mariage et de la puissance maritale » (6).

On avait, d'autre part, prétendu que le deuxième alinéa de l'article 1496 du Code civil, abrogé par la loi du 13 juillet 1965, ne se

(1) J. Bouhier, ch. 26, § 183 et s.
(2) B. D'Argentré, art. 218, gl. 6, n° 33.
(3) R. Savatier, note sous Req., 4 juin 1935, D.P., 1936.I.7.
(4) Marty et Raynaud, *Droit civil*, t. I, p. 117.
(5) A. Rouast in *le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, p. 17. *Cf.* sur cette question de plan : J. Carbonnier, thèse, p. 21 et s.
(6) Aubry et Rau, t. I, p. 21 et s.

justifiait que si la communauté légale était une convention tacite (1). L'article 1098 interdit à l'homme ou à la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, se marie, de donner à son conjoint plus d'une part de l'enfant légitime le moins prenant et plus d'un quart des biens. L'article 1496 accordait aux enfants du premier lit une action en retranchement s'il résultait, au profit du conjoint, du fait du régime légal, un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098 au titre des donations entre vifs et des testaments. C'est que « les avantages qui résultent pour l'un ou l'autre conjoint du régime de droit commun, sont considérés comme des libéralités imputables sur la quotité disponible ... Voilà donc bien la preuve que, dans le droit français, la communauté légale est considérée comme une convention tacite ». « Cette exégèse quintessencée n'a qu'un tort : elle prête au langage de la loi une portée qui en dépasse le but social » (2). En effet, ce raisonnement sollicitait par trop les textes. On aurait tout aussi bien pu dire que si les avantages résultant du régime matrimonial sont sûrement des libéralités, l'alinéa 2 de l'article 1496 devenait inutile puisque les articles 1098 et 1099 réglaient déjà la question. Il faut avouer que ce deuxième raisonnement ne serait pas moins spécieux. Mais une conclusion s'impose : l'article 1496, même avant d'être abrogé, aurait dû être écarté d'un débat où il n'avait que faire.

112. La discussion porte essentiellement sur le rôle de la volonté des époux dans l'établissement du régime légal. L'on estime généralement que le régime légal est bel et bien un contrat tacite par le seul fait que la volonté intervient.

On a voulu objecter que la seule existence de la volonté ne suffit pas et qu'elle doit se manifester, selon les formes solennelles prévues pour le contrat de mariage (3). Or le régime légal se caractérise par l'absence complète de forme dans laquelle il s'établit. Mais cette argumentation n'est pas très convaincante : la forme solennelle n'est pas de la nature du contrat. Elle a été prévue par le législateur pour protéger les futurs époux contre leur légèreté. Ce même législateur a pu dispenser les époux de ces exigences de forme pour le cas où ils adoptent un régime estimé sans risque pour eux, sans que cette dispense ait une influence sur la nature contractuelle de ce régime. Certes, par le jeu de la loi d'autonomie, les prévisions du législateur se trouvent faussées, puisque l'on doit supposer que le choix entre plusieurs régimes légaux présente autant de dangers que l'adoption d'un régime contractuel, sans la protection de la

(1) E. Enault, *Du régime matrimonial des époux mariés sans contrat*, thèse, 1891, p. 156.

(2) M. Carbonnier adresse ce reproche à une déduction du même ordre que l'on prétendait tirer de l'article 1391 pour prouver que l'inaliénabilité dotale résulte d'une incapacité de la femme mariée. Cf. J. Carbonnier, thèse, p. 183.

(3) M. Caleb, thèse, p. 323 ; A. Pillet, *Traité*, p. 223 ; G. Dreyfus, thèse, p. 103 et s.

forme. Néanmoins, cette conséquence concerne l'opportunité de la loi d'autonomie et non la nature du régime légal.

Le véritable argument contre la théorie du contrat tacite consiste à dire que le régime légal s'impose aux époux en raison de leur absence de volonté. « On ne peut pas soutenir que le régime légal est un régime conventionnel tacite, si en fait, la volonté des époux n'a pas existé » (1). Les époux, dit-on, ont d'autant moins voulu le régime légal qu'ils ignoraient dans la plupart des cas son contenu (2). « Il n'est pas d'usage que les futurs époux se documentent sur le régime matrimonial de droit commun ! Si le régime légal est un régime conventionnel tacite, son adoption devrait, en bonne logique, pouvoir être attaqué pour erreur ... » (3). Mais, si les époux n'ont pas pris connaissance des règles du régime légal, c'est par indifférence et non par impossibilité de le faire. Est-il juste de dire que les époux n'ont pas pu choisir un régime qu'ils ne connaissaient pas ? Si la ménagère, interrogée sur la marque de lessive qu'elle désire, déclare faire confiance au jugement de la vendeuse, elle n'aura sans doute pas directement choisi sa lessive, mais elle aura néanmoins exercé sa liberté de choix, ne fut-ce qu'en y renonçant. Elle assumera le choix. Combien de gens vont au cinéma sans connaître le film qu'on donne et s'ils en connaissent le titre, en savent-ils plus ? La vie courante offre mille exemples de contrats où l'une des parties au moins s'engage dans l'ignorance.

« En réalité, dit Nast, quand les époux ne font pas de contrat de mariage, ils s'en remettent à la loi pour le règlement de leur statut matrimonial pécuniaire, et, si la loi intervient alors, ce n'est pas par interprétation de leur volonté, qui n'existe pas puisqu'elle abdique, mais par décision impérative, ou, ce qui est la même chose, par voie réglementaire ou dispositive » (4). Mais il y a une certaine contradiction à dire de la volonté qu'elle n'existe pas et qu'elle abdique, car il faut bien qu'elle existe pour abdiquer.

La volonté des époux intervient dans la mesure où, entre deux possibilités, s'en remettre à la loi ou faire un contrat de mariage, ils choisissent librement, quels que soient les motifs de leur choix et même s'il s'agit de ne pas « signaler au fisc les valeurs sujettes à imposition ». Reste à déterminer si cette intervention toute négative, toute passive puisqu'elle consiste en une abstention, suffit à faire du régime légal un contrat tacite. M. Carbonnier suppose que l'usage a consacré un vocabulaire erroné car il s'agirait, en réalité, d'un contrat, non pas tacite, mais présumé. Autrement dit, le régime

(1) Planiol et Ripert, t. VIII, par J. Boulanger, n° 8.

(2) En 1963, une enquête d'opinion publique menée par l'Institut français d'opinion publique a fait apparaître que 2 % seulement des couples mariés sans contrat en France connaissent le nom exact du régime légal, près d'un tiers ignorant totalement sous lequel ils vivent et 60 % imaginant qu'il s'agit d'une communauté universelle. Cf. *Le Monde*, 22 décembre 1964, p. 10.

(3) Planiol et Ripert, t. VIII, n° 8.

(4) Nast, Planiol et Ripert, 1re éd., t. VIII, par M. Nast, p. 12.

légal serait seulement une fiction de contrat. Et lui-même attire l'attention sur ce que « fiction juridique, c'est mensonge que le droit se dit à lui-même. Pareille mythomanie est la marque d'une psychologie infantile ou d'une législation en enfance » (1). Savigny disait en termes moins forts : « Il est dangereux d'employer le mot contrat, contrat suppose conscience distincte. Il y a soumission volontaire s'exprimant négativement par l'absence de contradiction » (2). Et M. Batiffol est d'accord sur ce point, mais estime qu'il est difficile de revenir sur le vocabulaire (3).

§ 3. — Le rôle facultatif de la volonté

113. L'on peut se demander si ce n'est pas placer le débat sur un mauvais terrain que de le faire dépendre de la question de savoir si le régime légal est ou non un contrat tacite. Du moment que la volonté joue un rôle dans l'établissement du régime légal, on peut, en effet, penser que la loi d'autonomie a vocation à intervenir. Même si avec Savigny l'on préfère l'expression de soumission volontaire, est-ce une raison de ne pas chercher à quelle loi les époux ont entendu se soumettre ?

La question est seulement de savoir si le rôle de la volonté est déterminant ou non. Un auteur justifie ainsi la loi d'autonomie : « Il est d'ailleurs bien naturel que dans une matière où, par suite de l'accord tacite des époux, la volonté est l'élément dominant, ce soit sur cette volonté qu'on s'appuie pour déterminer sous quelle loi tombe un rapport de droit créé par la volonté » (4). Les auteurs français font de la liberté des conventions matrimoniales avec le principe de l'immutabilité l'une des « deux règles fondamentales » régissant la matière (5). N'y a-t-il pas là quelque exagération ? Les futurs époux disposent d'une très grande liberté aujourd'hui en France, non pas illimitée cependant. Dans l'ancien droit, outre que cette liberté est apparue tardivement, le régime provincial ne pouvait être modifié par contrat que sur certains points limités (6). En droit comparé, les exemples abondent de législations qui restreignent fortement la liberté des conventions matrimoniales. Ainsi, au Mexique, le Code civil fédéral en son article 178 et les Codes d'un certain nombre d'Etats ne prévoient qu'une option entre deux régimes : la séparation de biens et la société conjugale. D'autres ignorent totalement ce principe : en Islam, par exemple, le Coran règle impérativement les intérêts des époux. Au Pérou,

(1) J. Carbonnier, thèse, p. 522.
(2) F.C. Savigny, *Traité de droit romain*, traduit par Ch. Guenoux, tome VIII, p. 112, p. 327.
(3) H. Batiffol, *Traité*, p. 616.
(4) E. Enault, thèse, p. 155.
(5) H., L. et J. Mazeaud, *Leçons*, t. IV, 1963, p. 45.
(6) Cf. Ripert et Boulanger, *Traité*, t. IV, 1959, p. 5.

en Bolivie (1), le régime unique est celui de la communauté d'acquêts. Les législations d'inspiration communiste tendent au régime unique (2). Mais, dira-t-on, islamisme, communisme sont des idéologies très différentes et l'on s'explique qu'elles puissent aboutir à des dispositions incompatibles avec l'esprit du droit français. Une loi pontificale du 10 décembre 1834 qui impose le régime dotal témoigne que les idéologies les plus diverses s'accomodent du système du régime unique (3). En tout cas, celui-ci ne heurte pas, selon notre jurisprudence, l'ordre public. D'ailleurs moins d'un quart seulement des futurs époux français estiment devoir mettre à profit la liberté dont ils disposent.

114. Surtout, même si la liberté des conventions matrimoniales est particulièrement large en droit français, elle subit une restriction essentielle que les contrats les plus étroitement réglementés ne connaissent pas : les époux ne peuvent pas ne pas adopter de régime. Du moment qu'ils se marient, ils sont soumis à un régime. La conséquence en est que si les époux se soumettent librement au régime matrimonial légal, leur accord de volontés n'est cependant pas nécessaire. Certaines législations octroient parfois aux personnes condamnées la possibilité d'échapper à une peine d'amende en optant pour l'emprisonnement. Si un délinquant n'use pas de cette faculté, peut-on vraiment dire qu'il a voulu payer une amende et s'il en use, peut-on dire qu'il a voulu aller en prison ? Sans doute aurait-il préféré, s'il avait été libre, ne subir ni l'amende, ni la prison. Le choix qui lui est accordé est une faveur. Mais il n'a pas choisi de subir une peine et il la subit même s'il ne veut pas. Mais, objectera-t-on, ils ont choisi de se marier ; ils auraient pu ne pas le faire, s'ils avaient voulu, tout comme l'individu aurait pu ne pas commettre d'infraction. On a bien expliqué que tout individu accepte d'avance de subir les peines prévues s'il commet une infraction. Mais cette explication témoigne surtout des excès du volontarisme. D'ailleurs, s'il est des conséquences du mariage auxquelles les époux ont pensé avant de songer à leur régime matrimonial, ce sont celles que l'on groupe sous le nom d'effets personnels du mariage. Or il n'a jamais été question de soumettre ces derniers, à la loi d'autonomie.

115. Si la plupart du temps, il est difficile d'évaluer la part de la volonté des époux dans leur soumission au régime légal, il est un certain nombre de cas où l'inutilité de leur consentement est manifeste. Il en est un notamment que les partisans du contrat

(1) Pérou : art. 176 C. civ. ; Bolivie : art. 971 C. civ.
(2) Cf., par exemple, Hongrie : Code de la famille 1953, art. 27.
(3) Art. 55 du *Motu Proprio* de Grégoire XVI. Cf. également l'ancienne législation des cantons de la Suisse centrale, une loi du 9 novembre 1868 du Grand-Duché de Finlande.

tacite se voient toujours opposer (1). En cas de nullité d'un contrat de mariage, celui-ci est remplacé d'office par le régime légal, alors que les époux ont manifestement voulu un autre régime. Weiss essayait de répondre à cet argument (2) : « Si l'on objecte, disait-il, que ce système est inconciliable avec l'établissement du régime légal, au cas d'annulation du contrat de mariage, nous répondrons que les parties ont dû envisager pareille éventualité et que, dès lors, qu'elles n'ont rien fait pour en prévenir les résultats, elles se sont volontairement soumises, pour le cas où elle viendrait à se réaliser, au régime institué par la loi ; même dans cette hypothèse la volonté des époux joue son rôle ». Ce raisonnement que M. Bateman trouve « ridicule » (3) et qui témoigne des excès de la mystique de l'autonomie de la volonté, repose sur l'idée que rien n'oblige les époux à faire un contrat nul. S'ils ne veulent pas que leur contrat soit remplacé par le régime légal, ils doivent en faire un qui soit valable. Mais, à moins de fraude, les époux n'ont pas voulu faire un contrat nul. Evidemment, on peut dire qu'en contractant ils ont accepté la possibilité d'une éventuelle nullité et du remplacement de leur contrat par le régime légal. Mais rien de plus spécieux car ou bien les époux font un contrat et ils acceptent le régime légal en cas de nullité, ou bien ils ne font pas de contrat et alors ils acceptent d'office d'être soumis au régime légal. Donc, ils ne peuvent pas faire autrement que d'accepter en toute occurrence le régime légal.

En vérité, si volonté il y a, c'est une volonté qui a échoué dans sa tentative d'écarter le régime légal. Avec le raisonnement de Weiss, on arriverait à prouver n'importe quoi et, par exemple, que le condamné à mort a voulu mourir sur l'échafaud, puisqu'il pouvait prévoir à l'avance que, s'il était condamné, il mourrait sur l'échafaud. D'ailleurs, dit Arminjon, même si l'on admet que le contrat de mariage a pu contenir une clause « aux termes de laquelle les parties adoptaient en cas de besoin le régime légal », la nullité du contrat entraînerait la nullité de la clause (4). De Boeck proposait, avec moins de conviction que Weiss, la même explication (5). Et il ajoutait : « Si la réponse paraît subtile, on voudra bien convenir que le fait prévu est purement accidentel, et qu'il ne suffit pas pour imposer l'abandon absolu de l'idée de convention ». Mais si les cas sont effectivement assez rares (6), ils n'en mettent pas moins en question d'une façon générale le rôle de la volonté dans l'établissement du régime légal et démontrent que même lorsqu'elle existe, il est accessoire puisque le régime légal peut s'instaurer sans elle.

(1) Cf., par exemple, A. Pillet, *Traité*, t. II, p. 224.
(2) A. Weiss, t. III, p. 638.
(3) H. Bateman, thèse, p. 219.
(4) P. Arminjon, *Précis*, t. III, p. 102.
(5) Ch. De Boeck, D.P., 1888.II.265.
(6) Cf. cependant la célèbre *Affaire Patino* : Trib. civ. Seine, 17 octobre 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9688, note P. Bellet, *Gaz. Pal.*, 1957.I.42.

Une explication que donnait Niboyet à propos de l'immutabilité du régime matrimonial peut être transposée ici : « L'adhésion des époux, dit-il, à un statut matrimonial, adhésion libre de leur part, déclenche en quelque sorte tout le mécanisme du régime ... L'adhésion à un régime français implique celle à tout le droit matrimonial français ». Cette analyse tend à démontrer que la volonté intervient dans l'établissement du régime, mais elle constitue « une limitation indispensable autant qu'équitable de la morbide notion de l'autonomie de la volonté » (1). Les époux donnent une adhésion, mais ils ne peuvent en contrôler les conséquences, si ce n'est par contrat de mariage dans le cercle de liberté que leur trace la loi. Et encore, n'y réussiront-ils que si leur contrat n'est pas atteint de nullité. Dans cette explication, la volonté est tellement bridée qu'on ne comprend pas qu'elle puisse jouer un rôle déterminant en matière de conflits de lois. Il est vrai que Niboyet veut précisément lui refuser ce rôle.

116. D'autres exemples se présentent où la volonté n'est pour rien dans l'établissement du régime. Et d'abord le cas de la séparation de biens judiciaire que l'une des parties au moins peut ne pas avoir voulue. Il est vrai que celle-ci constitue un cas tellement particulier qu'on a pu se demander si la loi du régime était compétente (2). « D'autre part en droit français, le régime légal saisit même les mineurs et les interdits non assistés qui sont pourtant aussi incapables de conclure seuls une convention tacite qu'une convention expresse » (3). De Boeck avait par avance répondu à cet argument présenté par Arminjon : « Dès que le mineur a été assisté, il ne peut attaquer la convention, expresse ou tacite, qui règle ses intérêts pécuniaires : pour les conventions expresses, l'assistance sera donnée expressément, mais si l'époux mineur ne fait pas de contrat de mariage, il sera assisté tacitement dans cette convention tacite qui fonde le régime légal par ceux dont l'autorisation est nécessaire pour le mariage lui-même : ceux qui donnent leur consentement au mariage habilitent quoique tacitement le mineur dans ses conventions matrimoniales et ils l'habilitent par cela seul qu'ils le laissent se marier sans contrat » (4). La démonstration de Boeck, quoique habile, n'est pas sans faille. Car, d'une part, il justifie la loi d'autonomie en niant « que la loi qui organise le régime matrimonial se lie d'une manière indissoluble au mariage lui-même » et d'autre part, il prétend que les consentements au mariage et au régime matrimonial n'en font qu'un. On peut imaginer une hypothèse qui, pour être d'école, n'en est pas moins

(1) J. P. Niboyet, note sous Req. 4 juin 1935, S., 1936.I.377.
(2) Cf. *infra*, nos 154 et s.
(3) P. Arminjon, *Précis*, t. III, p. 103. Cf. aussi J.P. Niboyet, *Recueil*, no 16, 1927.I, p. 66.
(4) Ch. de Boeck, note sous Paris, 7 décembre 1887, D.P., 1888.II.265.

plausible : un ménage de mineurs mariés sans contrat présente des caractères d'extranéité et il s'agit de déterminer quelle loi gouverne le régime de leurs biens. On sondera bien entendu leur volonté. Ne faudra-t-il pas rechercher si ceux qui ont donné leur consentement au mariage, l'ont aussi donné au régime tacitement choisi par les époux ? Que va-t-il se passer si, par exemple, il est démontré que les époux ont tacitement adopté la communauté française, alors que les parents en donnant leur accord avaient songé à la loi italienne ? Car toutes ces volontés, restant implicites, ont très bien pu ne pas s'accorder.

Aux objections tirées des contrats nuls, de la séparation de biens judiciaire ou de l'incapacité des mineurs, les partisans du contrat tacite auraient pu répondre que, dans ces cas, le régime n'était pas une convention implicite mais que cela n'empêchait pas qu'en règle générale il en soit une. Tout dépend, en effet, de la définition que l'on donne d'un contrat. S'il suffit de la rencontre de deux volontés pour que naisse un contrat, on peut difficilement nier que les époux soient souvent d'accord pour se soumettre au régime légal. Plus exactement, ils sont d'accord pour se mettre dans une situation telle que la loi leur impose le régime légal et ce régime s'impose à eux, non parce qu'ils étaient d'accord, mais parce qu'objectivement ils se trouvaient dans la situation requise, de sorte que, s'ils se trouvent dans une telle situation même sans leur accord, le régime légal s'imposera encore à eux.

117. « Dans la vie nationale, reconnaît Lerebours-Pigeonnière, il est exact qu'à défaut de conventions matrimoniales, le régime légal est imposé ». Mais, demande-t-il, est-ce fatalement une raison pour qu'il en soit de même dans la vie internationale (1). Il ne faut pas « abuser de la projection des institutions nationales sur le plan international » (2). M. Loussouarn estime que « la subtilité de l'explication qui s'appuie sur l'idée d'une projection déformante est impuissante à masquer la contradiction qu'il y aurait à donner des solutions aussi opposées dans les relations internes et dans les relations internationales » (3). Pour M. Batiffol, « la distinction est soutenable, mais ne paraît guère répondre à la réalité des faits ». L'idée de volonté tacite est précisément plus irréelle encore dans les rapports internationaux qu'en droit interne (4). En effet, si l'on constate que la volonté ne joue pas en droit interne le rôle qu'on voulait lui attribuer, comment peut-on prétendre attribuer à cette volonté un rôle encore plus important en droit international privé ? La seule justification pourrait en être l'heureux fonction-

(1) P. Lerebours Pigeonnière, *Précis*, 1928, p. 347.

(2) P. Lerebours-Pigeonnière, 8e édit. 1959, n° 462 (par Y. Loussouarn).

(3) Y. Lousouarn, note sous Aix, 21 mars 1950, *Revue*, 1951. 284 (M. Loussouarn ne laisse rien paraître de ces idées dans le *Précis Dalloz* où il demeure fidèle à la pensée de Lerebours-Pigeonnière).

(4) H. Batiffol, note sous Cass. civ., 7 novembre 1961, *Revue*, 1962.681.

nement du système. Mais, en réalité, le système est impraticable au point que la soi-disant volonté des époux n'est qu'un prétexte à l'équitable appréciation des juges.

§ 4. — Le régime conventionnel

118. Si l'on estime que la loi d'autonomie se justifie pour tous les contrats mais non pour le régime matrimonial légal, une déduction s'impose : le régime conventionnel résultant incontestablement d'un contrat doit être soumis à la loi d'autonomie. Mais les effets de tous les contrats ne sont pas soumis à la loi d'autonomie (1).

On a dit que le droit français, en édictant l'exigence de formes strictes, montre bien qu'il n'entend pas laisser la volonté des époux agir en pleine liberté. Cette objection pourrait cependant être faite pour d'autres contrats solennels et une objection du même ordre formulée pour tous les contrats en général : des règles impératives viennent toujours limiter en droit interne la liberté des parties. Pourquoi deviendraient-elles supplétives en droit international privé. Mais il ne faut pas abuser de la projection des institutions nationales. Cette idée de Lerebours-Pigeonnière, excessive lorsqu'il s'agit de nous persuader que le régime matrimonial légal peut être un contrat tacite en droit international alors qu'il ne l'est pas en droit interne, est beaucoup plus convaincante ici. En effet, la volonté existe en matière de contrats en droit interne et l'on n'est pas obligé de l'inventer pour résoudre le conflit de lois : il suffit de lui donner un rôle plus important et l'on ne peut pas objecter à cela qu'elle est déjà incapable d'en tenir un plus faible.

Mais le régime matrimonial change-t-il de nature lorsque les époux profitent de leur faculté de faire un contrat ? Peut-on admettre qu'un système de conflit doive s'appliquer au régime légal et un autre au régime contractuel ? En France, les partisans de la personnalité ont le plus souvent ignoré la question et, tout en soumettant le régime légal à la loi personnelle, ont reconnu l'empire de la loi d'autonomie sur le régime conventionnel. Or leur argument de prédilection pour justifier la compétence de la loi personnelle se fonde sur les liens intimes qui existent entre le régime et le mariage. Ces liens sont-ils défaits par le contrat de mariage ? Ils seraient alors bien fragiles. D'ailleurs, si l'on admettait la possibilité d'une telle rupture, on détruirait une objection faite à la théorie du contrat tacite que l'on rejette parce qu'elle ne tient pas compte de ces liens. L'article 19 du Code civil italien paraît plus logique puisqu'il englobe dans la compétence de la loi nationale du mari tous les effets patrimoniaux du mariage, qu'ils résultent de la soumission directe des époux à la loi ou qu'ils soient organisés par un contrat.

Mais ne peut-on dire qu'à son tour le Code italien qui, en son

(1) Cf. les sociétés.

article 23, reconnaît à la volonté des parties le pouvoir de choisir la loi compétente pour régler un contrat ordinaire, se contredit en refusant ce pouvoir aux époux pour leur contrat de mariage ? Et les partisans de l'autonomie de la volonté pourraient faire remarquer que leur théorie permet d'échapper à l'une et à l'autre de ces inconséquences. Si l'on estime que le régime matrimonial, conventionnel ou légal, est une seule et même institution, doit-on convenir que seule la loi d'autonomie peut la régir ?

On a parfois mis en doute que le contrat de mariage soit véritablement un contrat (1). En tout cas, c'est un contrat très particulier. Il n'existe que ratifié par le mariage. Et surtout, alors qu'on peut toujours échapper même aux règles impératives d'un contrat ordinaire en ne contractant pas, les règles qui gouvernent impérativement les relations pécuniaires, s'imposent aux époux avec ou sans contrat. Si l'on soumet un contrat ordinaire à une loi autre que celle choisie par les parties, la convention interprétée à la lumière de cette loi pourra ne plus correspondre à leur volonté à un point que les parties, prévenues à l'avance, auraient, peut-être renoncé à contracter. Mais si des parties renoncent à un contrat de mariage, elles n'en échapperont pas pour autant aux impératifs de la loi compétente qui s'impose alors au titre du régime légal.

119. Une certaine confusion de vocabulaire fait que l'expression « régime matrimonial » a pris deux sens. On entend couramment, par régime matrimonial cet ensemble de règles qui est laissé au choix des époux et qui change selon le contrat qu'ils ont fait ou selon qu'ils n'ont pas fait de contrat. En ce sens, « le régime matrimonial n'est que la partie variable du statut des gens mariés » (2). Mais il est des règles que la loi impose de façon autoritaire et sur lesquelles la volonté n'a aucune prise. Or le véritable sens juridique du mot recouvre ces règles aussi, si l'on en croit la définition que donne avec quelques variantes tous les auteurs (3) : « On entend par régime matrimonial le statut qui règle les intérêts pécuniaires des époux, soit dans leur rapports entre eux, soit dans leurs rapports avec les tiers » (4).

Un auteur belge, M. Renard, distingue non pas deux sens du mot régime, mais deux régimes différents et juxtaposés, « le régime matrimonial impératif de base » et « le régime matrimonial autonome » (5).

(1) J. Carbonnier, thèse, p. 526.

(2) H. Bateman, thèse, p. 163.

(3) Cf. E. Audinet, « Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage », *Receuil* n° 40, 1932.II. p. 242 ; note 1 ; Ripert et Boulanger, t. IV, p. 1 ; L. Julliot de la Morandière, *Précis*, t. IV ; Planiol et Ripert par M. Nast, t. VIII, p. 2 ; Colin et Capitant, *Cours* (4° édit), t. III, p. 1 ; L. Josserand, *Cours*, t. III, p. 2.

(4) A. Weill, V° Le régime matrimonial, *Rép. Dr. civ.*

(5) Cl. Renard, *Le régime matrimonial de droit commun*, p. 65. Cette distinction est reprise aujourd'hui à propos de la loi du 13 juillet 1965 Cf., par exemple, G. Cornu, « La réforme des régimes matrimoniaux », *J.C.P.*, 1966.I.1968. L'auteur parle de « régime primaire impératif ».

Si l'on accepte cette distinction, on peut se demander pourquoi la nature de l'un et non celle de l'autre doit déterminer la règle de conflit applicable aux deux. L'extension de la règle d'autonomie aux règles impératives qu'on peut expliquer en raison des nécessités du commerce international pour les contrats ordinaires, ne se justifie pas en tout cas en la matière. Si l'on n'accepte pas la distinction de M. Renard et que l'on se réfère aux définitions habituelles du régime, alors il faut reconnaître avec Niboyet que, « s'il existe un certain cercle de liberté à la différence des effets personnels, c'est un cercle tracé par la loi et non par les futurs époux » (1). Si les époux peuvent choisir certaines règles, c'est à l'intérieur du régime qui préexiste à leur choix. Le contrat de mariage est incapable de créer ce régime. Si la volonté joue un rôle, c'est que la loi française le lui attribue. D'autre lois le lui refuseront. On ne devrait pas parler de régime conventionnel mais seulement d'aménagement conventionnel du régime. Le régime matrimonial est un statut qui s'impose aux époux et dont ils peuvent, en droit français, modifier conventionnellement quelques règles. L'aspect contractuel et même le principe de la liberté des conventions matrimoniales ne sont qu'une modalité qui peut affecter une certaine part du régime.

La règle de conflit ne peut donc être fondée sur cet aspect fragmentaire et non indispensable de l'institution, qui compromet néanmoins la thèse de la personnalité du régime.

Vers la fin du siècle dernier, la loi d'autonomie l'emportait tant pour le régime légal que pour le conventionnel. L'Institut de Droit international, dans sa session de Lausanne, l'avait adoptée pour son projet. Mais la mystique de l'autonomie de la volonté dont elle était une conséquence a été fortement entamée depuis lors. La France presque seule garde sa fidélité à la loi d'autonomie (2), en matière de régime légal. Mais aucun système en vigueur dans d'autres pays n'est vraiment satisfaisant. En particulier, il paraît peu rationnel de soumettre le régime légal à la loi personnelle et de conserver la loi d'autonomie pour le régime conventionnel.

(1) J.P. Niboyet, t. V, p. 399.

(2) Cf. cependant Luxembourg, Monaco, Liban, Province de Québec (l'Allemagne, la Belgique, les Pays-Bas ont dans le passé suivi la loi d'autonomie). Le 7e Congrès de l'Union Internationale du Notariat Latin (cf. R. Le Moal, *Clunet* 1965.81.) a émis récemment le vœu « que le système français dit du contrat tacite soit abandonné par ce pays et ne soit pas adopté par d'autres ».

CHAPITRE IV

VOIES NOUVELLES

SECTION I

NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME MATRIMONIAL COMME FONDEMENT D'UNE RÈGLE DE CONFLIT

§ 1. — La dénaturation du régime matrimonial par les théories classiques

120. Gounot avait écrit que « les jurisconsultes tout comme les autres hommes obéissent dans leurs investigations à la grande loi du moindre effort, qui consiste à user partout des mêmes explications à tâcher toujours de réduire le nouveau à l'ancien, l'inconnu au connu, le complexe au simple, au risque de dénaturer parfois dans ce travail de réduction les données à expliquer ». Et il ajoutait : « Une tentative se présente inévitable : rechercher si par un biais quelconque l'institution nouvelle ne pourrait pas être assimilée à un contrat, et si l'on n'y découvrirait pas quelque volonté tacite, source véritable du rapport de droit » (1).

Mais si la notion de contrat tacite et la loi d'autonomie sont des solutions de facilités, on peut en dire autant des théories en faveur de la personnalité du régime. Celles-ci ne veulent voir dans le régime qu'un effet direct du mariage, comme si cette constatation suffisait à résoudre le problème. Elles se refusent à considérer le rôle de la volonté, comme s'il n'était pas aussi excessif de l'ignorer complètement que de lui attribuer un empire illimité. On a vu certains auteurs prétendre que le régime matrimonial était un effet de la loi, parce qu'il était lié au mariage, alors que d'un autre côté ils considéraient le mariage lui-même comme un contrat (2). D'une façon générale, les partisans de ces théories ne veulent pas voir la différence de nature qui sépare les effets personnels des effets pécuniaires.

(1) E. Gounot, thèse, p. 31-32.

(2) M. Planiol, *Traité élémentaire*, n° 692 ; Planiol et Ripert, t. II par A. Rouast, n° 69 ; cf. J. Carbonnier, thèse, p. 525.

Et il est sans doute inutile de rappeler que les partisans de la réalité vont jusqu'à ignorer l'institution qu'il s'agit de régler et se fondent sur une vue encore plus simpliste des relations pécuniaires.

121. Il est curieux de constater que les partisans de la personnalité ont repris contre la théorie de l'autonomie de la volonté des arguments que les tenants du statut réel opposaient dans l'ancien droit aux tenants du statut personnel. Ils se contentent même souvent de paraphraser les objections que d'Argentré adressait à Dumoulin. Il est vrai que les partisans actuels de la personnalité du régime s'accordent avec les auteurs qui hier défendaient la réalité pour ruiner la notion de contrat tacite et l'on peut penser qu'avec la fin du principe de la réalité des coutumes, le personnalisme a hérité tout naturellement des arguments en faveur de la réalité et a pu se débarrasser de la thèse du contrat tacite devenue inutile. Plus curieusement, on voit au XVII^e^ siècle, Van der Muelen, pour démontrer que la loi est la cause directe du régime matrimonial, nier que celui-ci prenne naissance de l'acte de célébration du mariage (1), alors que les partisans de l'effet légal trouvent aujourd'hui leur meilleur argument dans l'affirmation sinon contraire, du moins difficilement conciliable, des liens étroits qui unissent le régime au mariage. Si l'on se souvient qu'en outre le personnalisme cherchait sa justification jadis dans la notion de contrat tacite et qu'il met aujourd'hui à sa base la négation de celle-ci, si l'on se rappelle que les thèses personnalistes se ramifient entre plusieurs critères, on peut en conclure qu'il existe un certain nombre d'arguments ayant tous leur valeur, mais qu'on n'arrive jamais à concilier autour d'une thèse. On peut en déduire aussi que les mêmes arguments selon la façon dont on les considère servent à des thèses différentes. Rien d'étonnant que la question ait été jugée inextricable par les plus clairvoyants.

122. Vouloir réduire le régime matrimonial à la simplicité d'un statut personnel ou fondre ses règles dans le régime des biens aboutit à le dénaturer. On a cru pouvoir échapper à l'alternative par la théorie de l'autonomie de la volonté. C'est ainsi qu'un auteur écrivait : « Il faut faire abstraction de toute idée de statuts réel ou personnel et ne tenir compte que d'un seul élément, la volonté des parties » (2). Mais déclarer vouloir « ne tenir compte que d'un seul élément », n'est-ce pas avouer que la loi d'autonomie, elle aussi, repose sur une simplification déformatrice ?

M. Caleb, après avoir traité de la loi d'autonomie, conclut en disant « Le système que nous venons d'exposer, c'est donc l'absence de système, la loi compétente, c'est donc la loi du moindre effort » (3).

(1) J. Carbonnier, thèse, p. 506 et s.
(2) Vacheron, thèse, p. 57.
(3) M. Caleb, thèse, p. 85.

Et Niboyet enseignait que « la solution de nos conflits se heurte à des difficultés parfois insurmontables, lorsqu'on veut découvrir d'une manière satisfaisante la loi compétente. Ces difficultés disparaissent dès lors qu'on reconnaît aux parties la possibilité de faire elles-mêmes ce choix. Il y a là un moyen élégant d'esquiver la difficulté » (1). « Certains se demandent, relève M. Batiffol, si l'appel à la volonté expresse ou implicite des parties, qu'il s'agisse d'ailleurs du régime matrimonial ou du contrat en général ne consiste pas plutôt en l'absence de règles de rattachement. Il n'y aurait pas de loi applicable, les parties seraient libres de contracter selon leur convenance, de choisir tel régime de telle loi, sans pour autant être soumises en rigueur de termes à une loi déterminée » (2).

La supériorité du système de l'autonomie, c'est qu'il aperçoit la difficulté et essaie de l'éviter, la jugeant insurmontable, alors que les autres systèmes l'abordent de front, mais n'y résistent pas. Son infériorité, c'est l'usage abusif qu'il fait des fictions et c'est qu'en fin de compte il ne repose sur presque rien. On prétend éviter l'arbitraire des règles fixes, mais c'est pour tomber dans l'incertitude et l'imprévisibilité et la justice n'est pas mieux servie. Le système optionnel permet d'éviter pour beaucoup de cas l'incertitude, mais n'est-ce pas au profit de l'arbitraire ? On prétend faire assumer aux époux un choix que le législateur s'avère incapable de faire. L'alternative, arbitraire ou incertitude, semble inévitable. Et l'incertitude n'est somme toute qu'une autre forme de l'arbitraire.

Nous laissons, explique-t-on, une grande liberté de conventions matrimoniales à nos nationaux qui se marient et vivent en France. Nous pouvons être libéral à l'égard de personnes, dont la soumission à nos lois nous importe moins. Nous les laissons libres de choisir la loi qui leur convient, car, en réalité, peu nous importe la loi qui les gouverne, pourvu qu'il y en ait une et que nous puissions régler les litiges qui pourraient naître à propos de leur régime matrimonial. C'est une affaire d'intérêts privés. Du point de vue de la justice française, il est nécessaire seulement que le régime soit organisé, mais peu importe comment, et par quel ensemble de règles. On peut, bien entendu, supposer que le régime matrimonial légal d'un pays est particulièrement adapté aux nationaux ou encore aux habitants de ce pays. Mais nous sommes si peu convaincus de l'adaptation du nôtre aux Français habitant la France, que depuis des années on cherche à le réformer et que les auteurs de la loi du 13 juillet 1965 présentent le nouveau régime légal comme provisoire(3).

Mais, précisément, si on cherche à le changer, c'est bien que l'on estime l'adaptation souhaitable. Cela ne vaut pourtant qu'en dehors de l'hypothèse d'un conflit de lois. Celui-ci naît de ce que plusieurs

(1) J. P. Niboyet, *Recueil* n° 16, 1927.I.23.

(2) H. Batiffol, note sous Civ., 4 janvier 1956, *Revue*, 1956.99.

(3) Il a été dit que la communauté réduite aux acquêts était destinée à demeurer le régime légal des Français jusqu'à ce qu'ils aient eu le temps de s'habituer au régime nouveau de la participation aux acquêts.

législations se disputent la compétence et de ce que les raisons de l'attribuer sont partagées entre plusieurs pays. La solution du conflit apparaît quand certaines raisons sont plus fortes et l'emportent sur les autres. Si aucune raison n'est plus forte, le conflit est insoluble. Or on a prétendu qu'en la matière aucune loi n'a de vocation particulière à s'imposer. S'il en est ainsi, il n'y a pas d'inconvénient à laisser les époux choisir.

Mais s'il est prouvé que les époux ne savent pas choisir et si aucune loi n'est plus ou moins apte à régir la situation, il importe seulement que la règle de conflit en désigne une pour que cesse l'incertitude. Car si la loi désignée est indifférente, encore faut-il qu'il y en ait une. Les époux ne seront pas lésés par l'arbitraire de cette désignation, car, par hypothèse, ils ne pourront pas dire qu'une autre loi avait davantage vocation à s'imposer, puisque la désignation de n'importe laquelle aurait été aussi arbitraire.

On dira que, dans le système de l'autonomie, le juge décide *a posteriori* et qu'alors la vie des époux lui fournira des raisons qui n'existaient pas auparavant. Mais on sacrifie par là toute prévisibilité. Or l'imprévisibilité comporte au moins autant d'inconvénients que l'arbitraire : en connaissance de cause, les époux peuvent par les dispositions qu'ils prendront pendant leur vie ou encore en faisant un contrat de mariage corriger l'arbitraire.

§ 2. — Des systèmes fondés sur la complexité du régime

123. On peut se demander pourtant si ce n'est pas parce qu'on a trop voulu simplifier le problème qu'on l'a rendu insoluble. « La source des difficultés réside dans la place occupée par les régimes matrimoniaux au sein du droit civil. Ils sont, en effet, aux confins du droit des personnes, du droit des biens et du droit des contrats, ou plus exactement des actes et des faits juridiques », écrit M. Loussouarn (1). On a cru pouvoir procéder comme si l'institution n'était que la somme de ses composants. On a pensé que le conflit de lois devait se régler par la préférence accordée à l'un d'eux. Ainsi, le système de la réalité se fonde uniquement sur l'idée que le régime matrimonial concerne les biens ; le système personnaliste sur l'idée qu'il concerne les époux et la théorie de l'autonomie sur le rôle de la libre volonté. Bien entendu, chaque système prétend retenir l'aspect le plus important et donc caractéristique. Mais, en réalité, l'institution ne se caractérise pas par l'un ou l'autre de ses aspects, mais bien par sa complexité. De ce point de vue, une discussion au sein du Comité français de Droit international privé paraît très significative : alors qu'une majorité des participants vient de demander le rattachement du régime matrimonial à l'état des personnes, la presqu'unanimité se prononce en faveur de la loi d'autonomie,

(1) Y. Loussouarn, note sous Aix, 21 mars 1950, *Revue*, 1951.284.

sans s'effrayer de la contradiction (1). M. le Doyen Savatier, en une autre circonstance, voulant exprimer l'interdépendance du mariage et du régime matrimonial, dit : « Le contrat de mariage n'est qu'une projection sur les biens du mariage lui-même » (2). Il est remarquable que cette formule en sa concision fasse allusion aux trois aspects de l'institution et évoque tour à tour le contrat, le mariage et les biens, tout en prétendant ne résumer que la seule théorie de la personnalité (3).

124. Aujourd'hui, l'on cherche de plus en plus à mettre au point des systèmes « globaux » qui tiennent compte de la nature complexe du régime. Parfois on a cherché à intégrer celui-ci dans un ensemble plus vaste. Il s'agit alors de ranger diverses institutions dont on ne méconnaît pas les différences dans une catégorie plus générale. L'on convient que les effets du mariage sont de deux sortes, mais l'on retient que ce sont des effets. Selon la théorie de la personnalité, « les lois qui régissent le mariage et la famille constituent un ensemble organique et les rapports patrimoniaux entre époux ne sont qu'un complément des rapports personnels » (4). De ces deux propositions, on n'accepte que la première : ensemble organique, certes, mais où les rapports pécuniaires ne sont pas plus accessoires que les rapports personnels. La loi personnelle, non seulement n'étendra pas son empire sur le régime matrimonial, mais encore le perdra sur les effets personnels du mariage au profit d'une loi de la famille. « Les régimes matrimoniaux ont précisément pour objet principal de constituer l'un des aspects de la structure de la famille » (5). Il s'agit donc de découvrir cette loi de la famille, en trouvant un dénominateur commun entre tous les rapports familiaux, sans pour autant réduire les rapports pécuniaires aux rapports personnels. La tentative de M. le Doyen Louis-Lucas peut être envisagée sous cet angle (6). L'auteur a pensé que tous les rapports familiaux devaient être régis par la loi du lieu de célébration, puisqu'ils trouvent leur première origine dans la célébration du mariage. C'était ne considérer que l'aspect le plus formel et le plus superficiel de la question. L'on peut penser que le plus intéressant dans la théorie de M. Louis-Lucas n'est pas cette synthèse, mais plutôt l'essai de rendre le critère du domicile sûr et incontestable.

D'ailleurs, aussi certains que soient les liens entre effets personnels et pécuniaires du mariage, la tentative d'unifier les règles de conflit

(1) Compte-rendu de la séance du 21 mai 1955, *Comité de Dr. int. pr.*, 1955, p. 186-187.

(2) R. Savatier, note sous Req., 4 juin 1935, D.P., 1935.I.7.

(3) Sur la complexité du régime, cf. R. Désiry, « Le régime matrimonial », *J. cl. Dr. int.*, fasc. 556, n° 1.

(4) G. Diena, « La conception du Droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie », *Recueil*, n° 17, 1927.II, p. 343 et s., spécialement p. 414.

(5) J. Carbonnier, thèse.

(6) Cf. *supra*, n^{os} 50 et s.

semble nécessairement vouée à l'échec. Car ou bien l'on soumet à la loi des effets personnels les effets pécuniaires et alors elle leur conviendra mal : les partisans de la personnalité eux-mêmes ont cru devoir adapter la règle aux effets pécuniaires. Ainsi, dans certaines législations, on y fait exception au profit du statut réel pour les immeubles. Presque toujours on modifie ou l'on supprime les conséquences d'un changement des circonstances de rattachement : le principe de l'immutabilité ou de la mutabilité relative empêche même dans les systèmes personnalistes l'unification totale des règles de conflit ; or, selon M. Savatier, « c'est pour marquer leur dépendance à l'égard du mariage qui y met le sceau que les conventions matrimoniales ne sont plus modifiables une fois le mariage célébré » (1). Au comité français de droit international privé, M. Audinet se déclarait partisan du rattachement du régime matrimonial à l'état des personnes, « mais pas forcément dans les conditions où l'on l'a admis pour les effets du mariage, du divorce et de la séparation de corps » (2).

Ou bien, comme M. Louis-Lucas, on essaiera de découvrir la règle qui peut convenir aux deux variétés d'effets, mais alors fatalement il s'agira d'un compromis qui ne conviendra ni à l'une ni à l'autre. Aussi la plupart des auteurs qui ont voulu rechercher une loi de la famille ou plus étroitement une loi du ménage, ont exclu de sa compétence le régime matrimonial (3).

§ 3. — Le régime-société

125. Les systèmes classiques de la réalité, de la personnalité du régime ou de l'autonomie de la volonté sont fondés sur une analyse du régime matrimonial. On décompose le régime de façon à n'en retenir que le fragment estimé le plus important. Dans le système de M. Louis-Lucas, c'est le régime lui-même qui devient un fragment d'un ensemble plus important où il s'agit de le replacer. Entre ces deux variétés de systèmes se place celui de M. Carbonnier, qui procède d'une vue synthétique du régime matrimonial, sans pourtant y voir un élément d'un ensemble plus large. M. Carbonnier cherche à déterminer la nature juridique de l'institution (4). Il conteste qu'elle soit entièrement autonome : « Le monde du Droit est peuplé d'institutions juridiques ; mais tandis que les unes vivent à l'état d'autonomie, les autres s'assemblent, selon leurs affinités de nature, dans des rapports de classification scientifique. L'institution du régime matrimonial se rattache ainsi à l'institution de

(1) R. Savatier, note sous Req., 4 juin 1935, D.P., 1936.I.7.
(2) Séance du 21 mai 1955, *Comité de Dr. int pr.*, 1955, p. 185.
(3) Cf. J. Champcommunal, « Le ménage à nationalités différentes », *Revue*, 1929.1.
(4) J. Carbonnier, *Le régime matrimonial, sa nature juridique*, thèse, 1932.

la société» (1). On ne peut cependant pas dire qu'il s'agisse d'une réduction, car l'auteur n'écarte pas délibérément certains aspects du régime au profit d'un seul. Au contraire, c'est par sa complexité même que le régime matrimonial se rattache à cette institution complexe qu'est la société. D'autre part, il ne s'agit pas davantage d'intégrer une pièce dans un ensemble plus vaste, mais bien de déterminer le genre de l'institution. M. Carbonnier estime avec Bonnecase qu'on a trop tendance à reconnaître leur pleine autonomie aux institutions sans avoir préalablement établi qu'elles ne peuvent être intégrées à des notions d'ordre plus compréhensif. « Nous estimons, dit-il, que le régime matrimonial et la société peuvent être subsumés sous un même concept» (2). Une société se compose de trois éléments : un apport de chaque associé, un objectif consistant dans la réalisation et le partage de bénéfices et l'*affectio societatis*. L'auteur reconnaît ces éléments dans tout régime matrimonial, sauf dans la séparation de biens accessoire à la séparation de corps.

126. M. Carbonnier se livre à une critique de la notion de contrat tacite. Il précise qu'il faut se garder d'identifier société et contrat de société, celui-ci n'étant que le support ordinaire de celle-là : c'est à la société-organisme qu'on peut identifier le régime matrimonial (3). Un échange de silences ne peut en aucun cas être considéré comme un échange de volontés. Pour que le silence puisse produire un effet et valoir consentement, il faut au moins qu'il se rencontre avec une volonté exprimée. Or l'on prétend que le contrat de mariage pourrait naître du seul silence de toutes les parties en présence. C'est un non-sens juridique (4).

Mais l'auteur critique également « la notion courante d'effet légal». Celle-ci repose sur l'idée fausse que le régime s'impose impérativement aux futurs conjoints. Elle oublie, en outre, que le mariage et les liens qu'il crée trouvent leur origine dans un acte juridique : l'acte de mariage. Le régime légal naît donc d'un mécanisme infiniment plus compliqué que ne le laisse supposer la notion courante d'effet légal. En bref, il reproche à celle-ci d'être trop simpliste (5). En outre, remarque-t-il, on s'accommode un peu facilement de cette disparité entre le régime légal et le régime conventionnel. « D'un côté, la loi agissant directement ; de l'autre, et sur le même pied, la volonté des parties exprimée dans le contrat de mariage »(6). Si vraiment la communauté est un effet légal du mariage, les autres régimes le sont au même titre, car l'acte de mariage est nécessaire pour déclencher les uns et les autres. Enfin, M. Car-

(1) J. Carbonnier, thèse, p. 396.
(2) J. Carbonnier, thèse, p. 39.
(3) J. Carbonnier, thèse, p. 539.
(4) J. Carbonnier, thèse, p. 521.
(5) J. Carbonnier, thèse, p. 524.
(6) J. Carbonnier, thèse, p. 527.

bonnier retourne contre les partisans de l'effet légal un argument fondé sur la séparation de biens judiciaire et que ceux-ci utilisent contre les partisans du contrat tacite. Ceux qu'on peut appeller les « légalistes » disent que la séparation de biens judiciaire témoigne que tout régime matrimonial n'est pas contractuel, car ce régime peut s'établir à l'encontre de la volonté du mari. Mais ils oublient eux-mêmes que la loi en l'occurrence n'agit pas directement puisqu'il faut une demande en justice faite par la femme et un jugement de séparation. La notion courante d'effet légal ne rend pas compte de la fonction de ces actes juridiques. Elle est donc insuffisante (1).

127. Pour M. Carbonnier, la solution du problème ne peut consister « que dans une adaptation de la théorie générale de l'acte juridique et du fait juridique à la nature juridique particulière du régime matrimonial » telle qu'il l'a définie, « société personnalisée » (2). L'acte ou le fait juridique ont deux fonctions, l'une immédiate et l'autre médiate. La première consiste à mettre en mouvement la règle de droit ou l'institution juridique ou de façon générale la loi. Celle-ci a, en effet, besoin d'être provoquée. Il lui faut une impulsion. L'acte ou le fait juridique joue en somme le rôle d'un déclic qui déclenche l'action de la loi. Leur fonction médiate dépend de ce premier rôle. Ils ne la remplissent qu'indirectement par l'intermédiaire de la loi, en produisant des situations juridiques concrètes qui font apparaître des droits, des obligations, en l'occurrence, un organisme juridique.

Or c'est un contrat généralement qui, par l'intermédiaire de la loi, fait apparaître une société-organisme, mais il peut en être autrement et M. Carbonnier en donne des exemples. Dans l'Ancien Droit, les sociétés taisibles naissaient même d'un fait juridique, la cohabitation prolongée durant un an et un jour. Aujourd'hui, un acte juridique est toujours nécessaire, mais non pas un contrat : ainsi, la masse des créanciers doit son origine au jugement déclaratif de faillite, or, selon l'auteur, cet organisme constitue une société. En résumé, « toute société personnifiée constitue un organisme qui est engendré par un effet direct de la loi sous l'impulsion d'un acte juridique ». Cette formule vaut pour les régimes matrimoniaux.

Un acte juridique, le jugement de séparation, déclenche le mécanisme légal par lequel la séparation de biens judiciaire est engendrée. Un acte juridique, l'acte de mariage, déclenche le mécanisme par lequel la loi engendre la communauté légale. « L'acte de mariage contient une manifestation de volonté destinée à créer la société conjugale *in abstracto* ; mais ce qu'il ne contient pas et ce que l'on ne saurait y inclure sans fiction, c'est une manifestation de volonté ayant pour but de donner à la société conjugale l'organisation

(1) J. Carbonnier, thèse, p. 529.
(2) J. Carbonnier, thèse, p. 536.

technique d'un type concret de régime matrimonial» (1). Pour les divers régimes conventionnels, il en va exactement de même que pour le régime légal : le mécanisme légal est mis en branle par un acte juridique, non pas par les conventions matrimoniales, mais bien par l'acte de mariage. La rédaction du contrat de mariage peut être comparée à la période constitutive d'une société, elle a seulement pour effet d'établir des rapports de droit entre fondateurs, mais elle est inefficace en elle-même et les conventions seront caduques si l'acte de mariage n'intervient pas (1).

La séparation judiciaire mise à part, le régime matrimonial est toujours établi par une loi actionnée par l'acte de mariage. « Mais tantôt la loi déclenchée se meut dans un champ libre, tantôt elle tencontre des conventions matrimoniales et, après avoir inséré dans leur cadre l'organisme qu'elle a engendré, elle les emporte en son mouvement». Dès lors on peut opposer à la thèse contractualiste que tous les régimes mêmes conventionnels sont légaux de par leur établissement. Mais on objectera à la notion courante d'effet légal qu'un acte juridique est nécessaire pour faire naître même le régime légal.

128. La conséquence de ce point de vue en droit international privé, c'est que la recherche de la loi compétente n'est plus liée à la controverse entre la théorie de la convention tacite et celle de l'effet légal.

M. Carbonnier constate que, selon la jurisprudence elle-même, certains actes juridiques échappent à la loi d'autonomie : dans la mesure où ils créent des groupements pourvus de la personnalité (2). « Sans doute, au moins en droit français, ces groupements sont-ils constitués par contrat, mais on a reconnu depuis longtemps en pur droit interne qu'il n'était pas possible de les régir uniquement par le droit des contrats». C'est « finalement l'ensemble du droit des groupements pourvus de la personnalité qui échappe à la loi d'autonomie» (3). Donc même si l'on persiste à soutenir que le régime matrimonial est un contrat tacite ou exprès, la loi d'autonomie ne devrait pas s'appliquer.

Mais pareillement, si l'on reconnaît que le régime matrimonial s'établit par un effet direct de la loi, il ne s'ensuit pas que la loi qui gouverne les conséquences personnelles du mariage étende sa compétence sur les relations pécuniaires des époux : « La loi compétente ne peut être déterminée qu'en fonction de la nature substantielle des effets envisagés» (4). Les effets personnels sont un aspect de l'état des personnes. Il n'en va pas de même des effets pécuniaires.

(1) J. Carbonnier, p. 551.
(2) J. Carbonnier, p. 596.
(3) Les deux citations émanent d'un ouvrage de M. Batiffol : *Les conflits de lois en matière de contrat*, 1938, p. 290.
(4) J. Carbonnier, thèse, p. 599.

Pour ces derniers, la question est de savoir comment doit être déterminée la loi qui régit une société personnalisée. Or les sociétés se rattachent à des Etats, on parle de leur nationalité. La jurisprudence les soumet à leur loi nationale. Le problème se pose donc de la détermination de cette nationalité (1).

Celle-ci se ramène, selon M. Carbonnier, à une localisation de l'intérêt collectif que la société concrétise (2). Cette localisation correspond à la notion de domicile. Autrement dit, la nationalité et le domicile d'une société sont deux appellations qui recouvrent un même concept, deux notions qui se confondent. La nationalité ou le domicile sont déterminés par un double critère : le lieu du siège social et « le territoire sur lequel la société déploie l'essentiel de son activité économique et réalise ses fins économiques essentielles ... Une société sera considérée comme nationale lorsque l'intérêt collectif d'ordre pécuniaire, qu'elle personnifie, s'intégrera dans le courant général de l'économie nationale » (3).

Pour M. Carbonnier, « le domicile matrimonial, *domicilium matrimonii*, domicile du ménage personnifié, est, tout comme le siège social en matière de société ordinaire, un premier élément de détermination de la nationalité de la société conjugale. Mais cet élément ne suffit pas : ayant à sa base une option des fondateurs, il aboutirait, par lui-même, à faire dépendre de la volonté arbitraire des parties la nationalité de la personne morale. Il faut en réalité qu'à la fixation du domicile matrimonial sur un territoire donné corresponde l'existence d'un lien de fond sérieux unissant le ménage à ce territoire » (4). Domicile matrimonial, attaches de fond : on retrouve pour le régime matrimonial l'équivalent du double critère qui sert à déterminer la nationalité des sociétés.

Il arrive cependant que domicile matrimonial et attaches de fond ne soient pas situés en un même pays. L'hypothèse peut concerner des gens fortunés qui viennent vivre dans un pays qu'ils estiment agréable et font leurs affaires en un autre pays qu'il estiment économiquement plus sûr ou plus rentable. Des époux sont domiciliés en France, mais ils peuvent avoir leurs principales affaires en Amérique, par exemple. Elle concernera beaucoup plus souvent les travailleurs qui s'expatrient provisoirement sans renoncer à leur domicile d'origine, parce qu'à l'étranger ils trouvent plus facilement un emploi rémunérateur. En ce cas, M. Carbonnier n'hésite pas à conclure que leur situation est irrégulière. La société conjugale « ne vaut plus qu'à titre de société de fait, dépourvue en principe de personnalité et, partant, de nationalité ... » (5). Quelle sera alors la loi applicable ? L'auteur renvoie au droit commun des sociétés de fait : il fait intervenir la théorie de l'apparence pour les relations

(1) Cf. P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis* par Y. Loussouarn, p. 282.
(2) J. Carbonnier, thèse, p. 606.
(3) J. Carbonnier, thèse, p. 608.
(4) J. Carbonnier, thèse, p. 615.
(5) J. Carbonnier, thèse, p. 617.

des époux avec les tiers, la notion d'enrichissement sans cause et surtout l'idée de respect des prévisions légitimes des parties.

129. Sur un plan général, on peut estimer que la thèse de M. Carbonnier sollicite un peu trop les notions de société et de régime pour les réunir dans une même catégorie juridique. Ainsi, pour qu'on puisse les découvrir dans toutes les variétés de régime, les notions d'apport, de réalisation et de partage des bénéfices et même celle d'*affectio societatis* (1) doivent être entendues dans un sens plus extensif que celui qu'on leur attribue généralement. Dès lors, il est permis de se demander s'il ne vaudrait pas mieux se contenter de reconnaître une certaine analogie entre ces deux institutions. Le régime matrimonial ressemble beaucoup à une société. L'illusion est accrue parce qu'à chaque caractéristique du régime on peut comparer une caractéristique de la société. En jouant de l'élasticité des notions, on peut même les faire coïncider une à une. Mais n'abuse-t-on pas de cette élasticité quand on cherche à les faire coïncider toutes simultanément ?

Ainsi, par exemple, certaines clauses prohibées en matière de sociétés ordinaires sont permises dans un régime matrimonial : les époux peuvent faire entrer en communauté tous leurs biens à venir en pleine propriété et non pas seulement en simple jouissance ; d'autre part la clause attribuant toute la communauté à l'un des époux est permise, alors que sous le nom de « clause léonine », elle est prohibée dans les sociétés (2). On peut expliquer que le régime matrimonial constitue une variété très particulière de société qui ne peut être soumis à toutes les règles des sociétés ordinaires. Mais à force d'user de cet argument, il faut finir par concéder que le régime est si particulier qu'il constitue en réalité une catégorie juridique autonome qui peut seulement être comparée à celle des sociétés.

M. Carbonnier lui-même d'ailleurs nuance quelque peu sa théorie lorsqu'il écrit qu'elle « ne signifie pas (et ne peut pas signifier) que le régime matrimonial lui-même, en tant qu'institution juridique, combinaison de règles de droit, soit une société. Cela veut dire simplement que les règles de droit dont il se compose ont un contenu tel, et sont agencées de telle sorte, qu'elles aboutissent à constituer le groupement des époux en société ». Autrement dit, le régime matrimonial n'est pas une société, mais il a pour effet d'en constituer une. Mais alors, on peut se demander s'il ne peut avoir encore d'autres effets et, de toute façon, si, dans la recherche de la loi applicable, on ne doit considérer que l'effet et non la cause.

« Par la discordance du domicile matrimonial et du centre de l'activité économique du ménage une situation anormale, irrégulière,

(1) L'auteur demande de ne pas confondre cette notion avec celle d'*affectio matrimonialis*.

(2) Cf. RIPERT et BOULANGER, *Traité*, t. IV, p. 25.

est créée ...», affirme M. Carbonnier. Mais quelle règle, quelle norme imposent aux époux de faire coïncider leur domicile avec le centre de leurs activités économiques ? Et si une telle règle existe, pourquoi son respect n'est-il pas imposé ? N'est-il pas un peu trop facile d'imaginer d'une situation courante qu'elle est irrégulière pour expliquer la solution qui lui est donnée ? C'est un expédient du même ordre que celui qui consiste à étendre indéfiniment le champ des exceptions.

130. Par sa théorie, M. Carbonnier prétend non pas réformer, mais seulement expliquer la jurisprudence. Toutes les décisions jurisprudentielles, selon lui, en matière de régime légal, font application du double critère du domicile et des attaches de fond lorsque ceux-ci coïncident. C'est seulement dans les cas où domicile et attaches ne se situent pas en un même pays, que la jurisprudence ferait appel à la volonté des époux. Les accusations d'incertitude et d'imprévisibilité seraient donc fausses : le seul reproche que la jurisprudence devrait encourir, c'est de ne pas mettre ses formules en accord avec ses solutions.

Si l'on s'en tient aux seules décisions de la Cour de cassation, on constate certes une continuité qui peut faire paraître excessifs les reproches trop véhéments d'incohérence. Mais la localisation des attaches de fond est envisagée de façon extrêmement variée. Et, contrairement aux affirmations de M. Carbonnier, généralement, ce n'est qu'à défaut de manifestations claires de la volonté des époux que les juges se réfèrent à leur domicile et à leurs attaches de fond. La démarche est donc souvent à l'inverse de ce que suggère l'auteur (1). Les juridictions du fond, même si l'on ne tient pas compte des décisions que l'on pourrait qualifier de dissidentes en faveur du critère tiré de la nationalité, témoignent de la plus grande diversité. M. Carbonnier entend par attaches de fond le centre de l'activité économique des époux. A ce titre, on peut douter que lorsqu'une décision invoque la célébration du mariage (2), la naissance des enfants (3), le service militaire (4), une demande de naturalisation (5), ou l'achat d'une concession funéraire (6), ces incidences témoignent de l'activité économique des époux. L'indice tiré du retour des époux au pays natal dans leurs vieux jours, alors précisément que leur principale activité économique a cessé,

(1) Par exemple, Trib. civ. Metz, 18 février 1954, *Revue* 1954.788, note Y. Loussouarn.

(2) Trib. civ. Seine, 17 novembre 1926, *Clunet*, 1928.405 et les décisions citées, *supra*, n° 87.

(3) Paris, 5 mars 1954, *Revue*, 1954.788.

(4) Lyon, 16 avril 1956, *Gaz. Pal.*, 1959.II, somm. 123 et les décisions citées, *supra*, n° 87.

(5) Trib. civ. Grenoble, 28 avril 1953, *Revue*, 1953.799.

(6) Paris, 31 mai 1947, *Gaz. Pal.*, 1947.II.62 et les décisions citées *supra*, n° 87.

ne paraît pas plus démonstratif à cet égard (1). Les attaches recherchées n'ont pas toujours trait, tant s'en faut, à l'activité économique. Il s'agit plutôt de démontrer l'existence d'un établissement stable. Le plus souvent, ces attaches ne constituent pas un deuxième critère, mais se rapportent au critère tiré du domicile. Le domicile et le centre des activités économiques peuvent coïncider et n'avoir pourtant qu'un caractère temporaire. C'est le cas des personnes qui viennent travailler pendant quelques années dans un pays. Le juge français pourra éviter de les soumettre à la loi de ce pays en invoquant leur esprit de retour. Dans le système de M. Carbonnier, on devra les y soumettre. Cette conséquence n'effraie pas l'auteur, car il estime que la société conjugale peut changer de nationalité ou même perdre toute nationalité avec pour conséquence un changement de régime légal. Les régimes matrimoniaux se succèdent alors sans rétroactivité. Ainsi, en voulant interpréter la jurisprudence, il s'éloigne en fait nettement de ses solutions.

SECTION II

LA LOCALISATION DES INTÉRETS DU MÉNAGE

§ 1. — Le poids de la tradition

131. La tentative de M. Carbonnier, du point de vue des conflits de lois, est intéressante, car elle tend à substituer de nouvelles explications à celles fondées sur la théorie de l'autonomie de la volonté qui, pour la plupart des auteurs, est périmée. Elle ne se propose pas de révolutionner la jurisprudence ; elle prétend, au contraire, en conserver toutes les solutions, mais les fonder sur des principes plus vrais. En bref, elle se montre très sage, en ne rompant pas avec la jurisprudence.

Au cours des temps, deux mouvements principalement, entre tous les projets et toutes les propositions, ont prétendu réformer la jurisprudence. Le premier, en faveur de l'autonomie, a partiellement réussi, mais c'est dans la mesure où il a réussi que l'on estime aujourd'hui insatisfaisantes les solutions jurisprudentielles. Le second, en faveur de la loi nationale, après quelques années, a été en France un échec complet. Ces deux mouvements correspondaient pourtant à certaines tendances profondes, mais ils les systématisaient trop, les déformaient par conséquent et au lieu de s'appuyer sur la tradition, la bousculaient. Leur échec s'explique par là. Et pourtant, on a cru un moment que l'autonomie intégrale allait supprimer toute présomption et plus tard on a cru que l'autonomie était à

(1) Trib. civ. Seine, 23 juin 1916, *Clunet*, 1917.610 ; Paris, 24 mai 1895, S., 1896.II.154.

son tour condamnée au profit de la loi nationale. La loi d'autonomie a partiellement réussi, parce qu'elle accentuait et officialisait le caractère de souplesse que revêtait déjà la loi du domicile. Une certaine souplesse est, en effet, nécessaire en la matière et tout critère rigide est à répudier. Mais elle a été mauvaise parce qu'elle enlevait ce garde-fou que constituait malgré tout la notion de domicile et aboutissait à une certaine anarchie. Du moment que la loi d'autonomie triomphait et que la jurisprudence n'était plus obligée de s'en tenir à un seul critère et de l'adapter aux circonstances, elle n'avait plus besoin de solliciter la notion de domicile. En effet, plutôt que d'essayer de prouver, comme elle le faisait antérieurement, parfois en dépit de la vraisemblance, que le domicile, malgré les apparences, était bien fixé dans le pays dont elle voulait rendre la loi compétente, elle pouvait désormais s'en tenir au sens commun, mais écarter l'indice tiré du domicile au profit d'un autre indice. Dès lors, peu à peu, on s'est fait une conception moins large du domicile. Mais à mesure qu'elle rétrécissait, l'indice qu'on pouvait en tirer pour la détermination de la loi applicable, perdait de son importance, d'autant qu'on ne faisait plus l'effort de l'adapter à chaque cas. Cette transformation a eu pour effet de favoriser la poussée de la loi nationale. Ce que la notion de domicile avait perdu en souplesse, elle ne l'avait pas entièrement gagné en sûreté. Par le fait même, à ceux qui réagissaient contre l'anarchie jurisprudentielle, le critère tiré de la nationalité paraissait moins arbitraire. Ils auraient d'ailleurs eux aussi pu se référer à la tradition, en rappelant que très souvent la jurisprudence du début du siècle avait estimé que le domicile des époux ne pouvait être fixé ailleurs que dans le pays de leur nationalité. En ce sens, Aubry et Rau étaient fidèles à la tradition, estimant dans le cadre de la loi d'autonomie que l'indice le plus démonstratif était celui de la nationalité commune des époux. Car ils tenaient compte de l'évolution subie par la notion de domicile. Le projet de réforme du Code civil élaboré en 1954 est, en ce sens, non moins fidèle.

On peut penser que M. Carbonnier exige trop pour un résultat insuffisant. Il exige trop en demandant l'adhésion à sa théorie de la société conjugale. Il veut atteindre un résultat trop modeste puisqu'il approuve toutes les décisions jurisprudentielles et renonce à toute réforme. Car, en fait, ces décisions ne sont guère conformes à la tradition et font la part trop large à l'autonomie. Il ne faut certes pas vouloir changer le cours de la jurisprudence, mais on peut espérer le canaliser. Cet espoir est d'autant moins téméraire que cette normalisation est en train de se faire.

§ 2. — Evolution de la jurisprudence récente

132. La Cour de cassation affirme toujours qu'il « appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement... le statut que les époux

ont en se mariant la volonté commune d'adopter ». Mais, alors qu'en 1954 elle avait déclaré que l'indice tiré du domicile n'était « ni exclusif, ni prépondérant » (1), elle est bien vite revenue à son ancienne formule selon laquelle les juges du fond devaient se prononcer « d'après les circonstances de l'espèce et en tenant notamment compte de la fixation du domicile ». Depuis lors, elle a encore accentué la position privilégiée accordée au domicile en usant d'un adverbe plus fort pour marquer sa place parmi les indices. Depuis un arrêt du 4 janvier 1956 (2), « spécialement » remplace « notamment » (3).

En 1961, une nouvelle formule apparaît à côté des anciennes dans une décision de la Cour suprême : on y évoque « la localisation des intérêts du ménage ». « C'est la première fois, semble-t-il, écrit à ce propos M. Batiffol, que la Cour de cassation use de cette expression en matière de régimes matrimoniaux » (4). Et il rappelle qu'elle était apparue pour les contrats dans un arrêt de la Chambre civile près de dix ans plus tôt (5). « La formule de l'arrêt, conclut-il, n'est peut-être qu'une transition vers une affirmation plus directe ». Un arrêt du 26 février 1963 utilise une expression identique et parle du « siège de tous leurs intérêts » (6). Cette dernière décision renoue, en outre, avec la tradition des anciens arrêts de la première moitié du XIX^e siècle, en évoquant « la présomption résultant de la fixation du domicile ». Cependant, la même année, dans une nouvelle décision, on ne retrouve ni le terme de présomption, ni l'expression de centre des intérêts. On peut estimer que ces omissions manifestent la prudence habituelle de la Cour suprême, plutôt que la volonté de revenir sur les précédentes décisions et un reniement de leurs formules.

Certaines décisions de juridictions du fond ont paru préparer cet affermissement de la prépondérance du domicile. A cet égard, on peut citer un arrêt de la Cour de Paris qui fait du domicile une « présomption de base » (7). D'autres cours, si elles n'ont pas usé du terme même de présomption, en ont rendu le sens par des périphrases. La Cour de Grenoble en 1953 déclare que la volonté des époux se manifeste « essentiellement par le domicile matrimonial » (8). La Cour de Colmar, en 1956, affirme que « ... la doctrine et la jurisprudence contemporaines tendent à consacrer la thèse qui attribue

(1) Civ., 19 janvier 1954, *Bull.*, I.21.
(2) Civ., 4 janvier 1956, *Bull.*, civ. I, p. 5, n° 7.
(3) Cf. Civ., 22 avril 1958, *Bull.*, I, p. 157, n° 200 ; Civ., 23 décembre 1958, *Bull.*, 1, p. 472, n° 578 ; Civ., 27 janvier 1959, *Bull.*, I, p. 45 ; Civ., 14 décembre 1959, *Bull.*, I, p. 438, n° 532 ; Civ., 30 décembre 1959, *Revue* 1961.326, note M. Simon-Depitre ; Civ., 7 novembre 1961, *Revue*, 1962.687, note H. Batiffol ; Civ., 26 février 1963, *Bull.*, I, p. 108, n° 124 ; Civ., 25 juin 1963, *Bull.*, I, p. 292, n° 342.
(4) Civ., 7 novembre 1961, *Revue*, 1962.687, note H. Batiffol.
(5) Civ., 24 avril 1952, *Revue*, 1952.502, note Motulsky ; S. 1952.I.185.
(6) Civ., 26 février 1963, *Bull.*, I, p. 108 ; Civ., 25 juin 1963, *Bull.*, I, p. 292.
(7) Paris, 6 mars 1958, *Revue*, 1959.108.
(8) Grenoble, 28 avril 1953, *Revue*, 1953.799.

à l'élection par les parties du domicile matrimonial la valeur démonstrative de leur volonté de choisir le régime légal ayant cours à cet endroit » (1).

133. On peut reprocher à cette jurisprudence de prétendre consacrer la volonté des époux et de la neutraliser, dans la mesure où elle existe, par des présomptions. C'est en quelque sorte un retour à la jurisprudence d'entre 1850 et 1880. Comme à cette époque, condamnée par son illogisme, elle devrait nécessairement évoluer. Vers 1880, elle avait évolué dans le sens de l'autonomie intégrale : les présomptions furent rejetées, car on était persuadé que les époux choisissaient réellement un régime. Aujourd'hui, on ne croit plus guère à la toute-puissance de la volonté, on croit que le plus souvent elle ne s'exprime pas et, en outre, on a fait l'expérience peu réussie de l'autonomie intégrale. Il est donc probable que l'évolution se fera par l'abandon de toute référence au choix du régime par les époux. Un jugement du Tribunal de la Seine illustre ce point de vue : « Seule, dans l'état actuel du droit international privé français doit être prise en considération la localisation, lors du mariage de tels époux, de leurs intérêts matériels ... ». Contrairement aux arrêts de la Cour suprême, le Tribunal de la Seine érige la localisation des intérêts en système de solution se suffisant à lui-même et n'en fait pas un accessoire des manifestations de volonté des époux. Ce jugement pourait être une préfiguration de la jurisprudence future de la Cour de cassation (2).

Les expressions de « siège » ou de « centre » ou de « localisation des intérêts » ne sont pas neuves (3). La jurisprudence ancienne leur accorde souvent un sens plus étroit et notamment elle parle plus volontiers du siège des intérêts ou des affaires du mari que de celui du ménage (4). Parfois, pourtant, il en va autrement : « Attendu, dit la Cour d'Alger (5), que les étrangers mariés en France devant un officier de l'état civil français, et qui n'ont pas fait précéder leur union d'un contrat de mariage, doivent être réputés, en principe, avoir accepté le régime matrimonial déterminé par la loi du pays où ils ont immédiatement après le mariage fixé le siège de leurs intérêts » (6). Parfois, c'est « le siège de l'association conjugale » qu'on prend en considération (7). Plus souvent, « le principal éta-

(1) Colmar, 20 avril 1956, *Clunet*, 1956.678.
(2) Trib. civ. Seine, 21 juin 1960, *Revue*, 1961.326.
(3) Trib. civ. Boulogne, 8 avril 1886, *Clunet*, 1887.57.
(4) Cf., par exemple, Trib. civ. Seine, 7 juillet 1924, *Clunet*, 1925.749 ; Trib. civ. Lille, 29 février 1924, *Clunet*, 1925. 148 ; Trib. civ. Millau, 18 juillet 1903, *Clunet*, 1905.377 : cette dernière décision est encore plus précise puisqu'elle parle du « centre de ses affaires commerciales ».
(5) Alger, 20 décembre 1911, *Revue*, 1921.103.
(6) Cf. aussi Trib. civ. Mortagne, 6 avril 1911, *Revue*, 1914.147.
(7) Trib. civ. Saintes, 7 mars 1922, *Clunet*, 1922.983 ; Trib. civ. Seine, 7 mars 1912, *Clunet*, 1913.591 ; Trib. civ. Marseille, 30 mai 1908, *Revue*, 1910.855 ; Trib. civ. Chateauroux, 6 avril 1903, *Clunet*, 1904.185.

blissement» (1). Il s'agit toujours de déterminer où les rapports pécuniaires les plus essentiels s'établissent.

La nouveauté du jugement du Tribunal de la Seine du 21 juin 1960, c'est que la loi applicable semble y résulter directement de la localisation des intérêts, alors que, dans les décisions anciennes, la localisation faisait seulement présumer le choix des époux. Cette nouveauté signifie l'abandon de la loi d'autonomie. Elle est d'autant plus importante que la décision en question ne peut être analysée comme un accident en contradiction avec la jurisprudence de la Cour suprême. Au contraire, elle paraît simplement un peu en avance sur l'évolution de celle-ci et elle est dans la ligne que préconise la doctrine.

§ 3. — Le système de la localisation

134. Le système de la localisation ne signifie pas que la volonté des époux ne doit avoir aucun rôle. Les époux ne choisissent plus directement la loi applicable, mais ils localisent leurs intérêts : leur volonté a donc indirectement prise sur la loi qui gouverne leur régime.

Ses promoteurs ne présentent pas ce système comme une nouveauté. Comme pour M. Carbonnier, il s'agit seulement de donner un meilleur fondement aux solutions de la jurisprudence. « Il nous avait apparu que la jurisprudence pouvait s'analyser comme consultant la volonté des époux sur la localisation de leurs intérêts pécuniaires pour en déduire la loi applicable. La formule a au moins le mérite d'exprimer ce que font effectivement les juges et il est toujours plus satisfaisant que les actes soient en concordance avec les mots», écrit M. Batiffol à propos de l'arrêt de la Chambre civile du 7 novembre 1961 (2) et, en effet, dès 1949, dans son Traité, il affirmait : « ... il n'est pas douteux que ce même caractère international de la situation appelle une règle relativement souple pour qu'il soit tenu compte dans chaque cas du siège réel des intérêts des parties. Aussi le droit positif prescrit-il au juge d'interroger la volonté de celles-ci sur la localisation effective de leurs intérêts» (3).

135. Deux questions se posent. L'on ne peut pas approuver un système qui se contente de rationaliser les décisions jurisprudentielles sans vouloir en changer les solutions. Si ces dernières sont mauvaises, en pratique à cause de leur incertitude, il ne suffit certainement pas de leur donner une meilleure explication pour qu'elles deviennent bonnes. Mais est-il bien vrai que le système de la localisation conduise à approuver toutes les décisions rendues sous le principe de l'autonomie ?

(1) Lyon, 16 février 1903, *Clunet*, 1904.401.
(2) Civ., 7 novembre 1961, *Revue*, 1962.681, note H. Batiffol.
(3) H. Batiffol, *Traité* (1e éd. 1949), p. 631, n° 633.

L'idée de la localisation des intérêts du ménage comme fondement direct de la solution et non plus comme reflet de la volonté des époux a été copiée sur des théories imaginées en matière de contrats (1). M. Batiffol qui en a été le principal introducteur (2) n'a pas prévu immédiatement son extension aux régimes matrimoniaux. La Cour suprême a retenu le terme de « localisation » en matière de contrats près de dix ans avant d'en user en matière de régimes matrimoniaux. Faut-il en conclure que, si l'expression et la théorie ont été étendues aux régimes matrimoniaux, c'est que ceux-ci doivent être considérés comme des contrats ? Auquel cas, toutes les objections contre la thèse du contrat tacite pourraient leur être opposées.

La réponse à cette deuxième question peut être demandée à M. Batiffol, elle est déterminante pour la solution de la première.

Selon l'éminent auteur, le régime légal ne suppose pas un acte juridique et la loi dispose de toute manière comme si cette volonté n'existait pas. Il s'agit donc en réalité d'un fait juridique ». M. le Conseiller Désiry se rallie à ce point de vue : « A défaut d'acte juridique, il y a un fait juridique certain, c'est celui que les époux se sont mariés sans contrat et que leurs intérêts matériels seront considérés comme situés dans un pays déterminé ». Le système de la localisation n'est donc pas limité aux contrats (3).

L'idée qu'il s'agit de localiser non un acte, mais un fait juridique, a des conséquences pratiques : « L'absence d'acte juridique réduit ... nécessairement ... les possibilités pratiques de localisation » (4). En matière de contrats, la volonté des époux de se soumettre à une loi déterminée influe sur la localisation. Il faudra la considérer comme un des éléments de cette localisation. En matière de régime matrimonial, la volonté de se soumettre à un régime déterminé ne représente rien par elle-même. Les parties font le contrat, leur volonté le façonne. Le fait de se référer à une loi donnée l'orientera vers le pays de cette loi. Cette orientation ne suffira peut-être pas à elle seule à le localiser, mais elle aura une très grande importance. Les époux ne font pas leur régime matrimonial légal. Celui-ci s'impose à eux. Leur choix ne doit avoir aucune influence. Mais les époux peuvent choisir le milieu où le régime s'imposera et c'est ce cadre qui déterminera la loi applicable. On peut donc dire qu'indirectement leur volonté détermine le régime. Les juges cependant peuvent ne pas considérer la volonté elle-même, mais simplement, selon des critères objectifs, le cadre. Mais comme ils doivent se placer au moment du mariage, souvent ce milieu n'existe encore qu'en puissance et les principaux indices qui le désignent sont les manifestations de la volonté des époux de le fixer. Les juges ne peuvent

(1) H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats, Etude de Droit international comparé*, 1938, p. 35 et s.

(2) Cf. H. Motulsky, note sous Civ., 24 avril 1952, *Revue*, 1952.502.

(3) H. Batiffol, *Traité*, p. 688, n° 633 ; R. Désiry, *J. cl. Dr. int.*, fasc. 556.

(4) H. Batiffol, *Traité*, p. 608.

donc pas ignorer systématiquement ces manifestations. Mais la volonté ne doit être pour eux qu'un signe.

Pratiquement, on devra tenir compte, pour la détermination du régime légal, de la volonté des époux de fixer le cadre de leurs relations pécuniaires en un pays déterminé, dans la mesure où il paraît que cette volonté se réalisera. L'on ne tiendra aucun compte des marques de préférence pour une variété précise de régime, à moins qu'elle ne revèle une intention de la part des époux de fixer le centre de leurs intérêts en un pays déterminé. L'on ne tiendra aucun compte des manifestations d'une volonté contredite par les faits, avec cette réserve que, le régime devant être fixé au moment du mariage, ces faits ne joueront que s'ils ne marquent pas une discontinuité dans la vie des époux depuis leur mariage.

Ce système a pour effet de supprimer une ambiguïté de la jurisprudence : on ignore jusqu'à présent s'il faut préférer les indications d'un choix direct du régime ou celles qui portent sur la fixation du centre des intérêts. Les préférences vont à ces dernières, mais avec la loi d'autonomie, on devrait préférer les autres. Avec le système de la localisation, plus aucun doute ne subsiste : parmi les manifestations de la volonté des époux, il faudra préférer celles qui engagent réellement leur vie et qui influeront sur son déroulement. Ainsi l'on éliminera la mention d'un régime faite dans un acte de vente au profit d'une demande de naturalisation ou de l'exploitation d'un fonds de commerce. Les risques de fraude de l'époux habile que dénonçait Pillet notamment ne sont plus guère à craindre s'ils l'ont jamais été.

136. Il faut cependant avouer que la jurisprudence disposerait encore d'un large pouvoir d'appréciation qui pourrait justifier sinon toutes, du moins une bonne fraction des décisions passées : la localisation des intérêts n'est pas une notion très stricte. Cependant, elle pourrait être utilement précisée.

Déjà, on insiste sur le rôle prépondérant du domicile. La Cour de cassation a usé à son propos du terme de présomption. On peut en déduire que les juridictions du fond, lorsqu'elles ne consacrent pas le critère tiré du domicile, doivent s'en expliquer. Si la Cour suprême n'exerce pas de contrôle sur les raisons elles-mêmes, elle pourra du moins exercer un contrôle sur l'existence de raisons. Elle pourrait ainsi, par exemple, juger insuffisante la simple affirmation que le domicile n'est pas sérieux, dans la mesure où elle ne serait pas étayée par des faits.

On revient par là à peu près à la jurisprudence de la moitié du dernier siècle : compétence de la loi du domicile, ce dernier étant considéré fixé au pays où les époux ont leurs principales attaches, habituellement dans le lieu où ils s'installent après leur mariage, mais, s'ils conservent l'esprit de retour, dans leur patrie d'origine vers laquelle ils comptent revenir un jour. On dira dans ce dernier

cas, soit qu'ils y ont conservé leur domicile, soit plus simplement que le centre de leurs intérêts y est fixé.

L'appréciation de cet esprit de retour, ou si l'on préfère, la détermination du centre des intérêts, peut être difficile et différer selon le juge. Certes, et il faudrait même éviter de se livrer à une appréciation trop étroitement matérielle : par exemple, sous prétexte qu'il s'agit du statut des relations pécuniaires, essayer d'évaluer en monnaie les différents intérêts ; des immeubles en Italie valant tant, l'exercice en France d'un métier donné rapportant mensuellement telle somme et représentant un capital de tant ..., comparer, conclure que les intérêts situés en France valent telle somme de plus que ceux fixés en Italie. Ce serait le système de la réalité accommodé au principe de l'indivisibilité.

Sans qu'il soit nécessaire de la pousser aussi loin que M. Carbonnier, la comparaison du régime avec la société et sa nationalité est significative. Il n'est pas besoin d'admettre que le ménage possède une véritable nationalité, mais qu'il est imprégné d'une ambiance nationale prédominante. D'ailleurs, la notion de nationalité n'est-elle pas contestée même pour les sociétés (1) ? M. Loussouarn propose de substituer le terme d'« allégeance » à celui de « nationalité ». En tout cas, pour le ménage et ses relations pécuniaires, il peut être question d'allégeance puisqu'il s'agit de les soumettre, sinon à un suzerain, du moins à une législation. En règle générale, on peut admettre que le ménage est principalement imprégné de l'ambiance du pays où il est fixé, à condition qu'il ne s'agisse pas d'un établissement provisoire. L'on n'attribue pas à une société la nationalité du pays où elle a investi la majorité de ses capitaux ; le critère du centre d'exploitation a fait faillite. Mais la jurisprudence est unanime, dit M. Loussouarn (2) pour soumettre la société en matière de conflits de lois à la loi de son siège social. Il est vrai qu'elle exige un siège social réel et non fictif. On peut par analogie dire que le régime matrimonial doit être soumis à la loi du domicile confirmé par des attaches réelles. Mais il est vain de vouloir transposer exactement les indices retenus en matière de société : siège du conseil d'administration, bureaux de la société, lieu de réunion des assemblées générales, direction supérieure ou contrôle. On en conclurait trop facilement dans le cas du régime matrimonial que les équivalents de toutes ces institutions se localisent tous au lieu de résidence.

En matière de régime matrimonial, la solidité des attaches est d'abord une question de durée. Le domicile doit l'emporter sur toute autre considération s'il est établi à titre définitif. Si des époux ont conservé une maison à l'étranger, il faut considérer pour accorder une valeur démonstrative à cet indice, non si elle est d'un bon rapport, mais s'ils envisagent de s'y installer un jour. En essayant de déterminer le centre des intérêts, il faut se rendre compte qu'un

(1) Y. Loussouarn, *Nationalité des Sociétés*, *J. cl. Soc. Traité*, fasc. 29, n° 29.
(2) Y. Loussouarn, *Nationalité des Sociétés*, *J. cl. Soc.*, *Traité*, fasc. 29, n° 101.

bien peut être situé en Allemagne, par exemple, et l'intérêt qu'il représente pour les époux en France. Ainsi, dans l'hypothèse où les fruits de ce bien sont utilisés pour améliorer la vie des époux domiciliés en France.

137. On pourrait retenir des critères objectifs pour faciliter et rendre plus sûre la détermination de l'esprit de retour. Ainsi pourrait-on décider que si les époux sont de même nationalité, l'esprit de retour doit être présumé irréfragablement. La Cour de cassation ne s'engage pas du tout dans cette voie (1). Mais une telle règle ne heurterait nullement la tradition du droit français. L'échec de la loi nationale a sans doute été dû à l'excès de la poussée en sa faveur qui devait amener une réaction inévitable mais exagérée. Au XIX^e^ siècle, alors que la loi du domicile était pratiquement incontestée, l'on estimait que le domicile des époux était normalement fixé au pays de leur nationalité. Pour Troplong, le contraire était même difficilement admissible. Si la loi d'autonomie a peu à peu supplanté celle du domicile, c'est que l'on s'est fait une conception plus restrictive du domicile et qu'il a paru, dès lors, nécessaire de donner une place au critère tiré de la nationalité des époux. Enfin, la loi nationale a perdu sa dernière chance lorsque les lois sur la nationalité ont permis à la femme de conserver sa nationalité d'origine, différente de celle de son mari. Parce que les partisans de la loi nationale tiraient de cette nouvelle législation qu'il fallait donner la prépondérance à la nationalité du mari, l'on n'a pas pris garde que l'unité de nationalité du ménage était d'autant plus démonstrative que les époux n'avaient plus automatiquement la même nationalité. Le caractère commun de la nationalité n'a pas une grande signification, lorsque la femme prend nécessairement la nationalité du mari. Mais cette signification est importante lorsque ce n'est pas le cas. Car alors, ou bien il s'agit de deux personnes de même origine nationale qui se sont mariées : or l'émigrant qui épouse une autochtone, est en voie d'être assimilé par le pays de son domicile. Mais un foyer d'émigrants, où l'on continuera probablement à parler la langue maternelle et à suivre les coutumes nationales, opposera une résistance beaucoup plus vive à cette assimilation : on pourra présumer que s'y cultive l'esprit de retour. Ou encore, il s'agit d'une femme qui a volontairement opté pour la nationalité de son mari ou qui a été rejetée par sa communauté nationale et adoptée par celle de son époux : ces circonstances témoignent du centre d'intérêts du ménage.

Non seulement une telle solution serait conforme à notre tradition, mais elle se rapprocherait, sans néanmoins se confondre avec elle, de la jurisprudence Rivière relative aux effets personnels du mariage. D'autre part, elle serait conforme à la leçon que l'on peut tirer du droit comparé : en effet, en dehors des systèmes anglo-saxons en

(1) Cf., par exemple, Civ., 7 novembre 1961, *Revue*, 1962.681.

faveur de la réalité, et encore ceux-ci font-ils une grande part à la loi du domicile, les législations se partagent entre le critère tiré du domicile et celui tiré de la nationalité. Ces deux critères exercent une forte attraction. Certaines ne renoncent ni à l'un, ni à l'autre et font une part à la loi nationale et une part à la loi du domicile (1). Un projet allemand récent opte pour un tel système (2).

Ce projet part de l'estimation que la prépondérance de la loi nationale du mari est contraire à l'égalité des droits de l'homme et de la femme. Il imagine une échelle de critères valant pour les effets personnels et pécuniaires du mariage.

« Les effets du mariage relèvent, dans l'ordre, de la législation du pays :

1° dont les deux époux sont ressortissants,

2° dont les deux époux étaient ressortissants en dernier lieu pendant la durée du mariage, pourvu que l'un le soit encore,

3° dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle,

4° dans lequel les deux époux avaient leur dernière résidence habituelle, pourvu que l'un d'eux l'ait conservée,

5° dans lequel les deux époux ont leur résidence pure et simple,

6° dans lequel les deux époux avaient leur dernière résidence pure et simple pendant la durée du mariage ».

La solution retenant la compétence de la loi nationale commune et de la loi du domicile lorsque les époux ne sont pas de même nationalité a l'avantage de rapprocher le régime matrimonial des effets personnels du mariage. Il ne faut pas pour autant assimiler le statut pécuniaire à ces effets : le rattachement du régime matrimonial pourrait, en effet, s'expliquer par l'idée de la localisation des intérêts du ménage.

138. Il faut convenir que si le ménage est surtout empreint de l'ambiance de la commune nationalité des époux, il pourra peu à peu se laisser convertir à l'ambiance du lieu de son domicile. Mais le régime matrimonial doit être déterminé au moment du mariage. Pour un tel changement d'ambiance, à condition qu'il se manifeste par un signe tangible, il serait bon d'admettre la possibilité d'un changement parallèle de régime. On a parfois proposé que la durée du domicile soit déterminante à ce point de vue (3). Mais comme le remarque M. Lepaulle : « Il y a souvent une très grande difficulté à déterminer quand un étranger est domicilié. Vous avez beaucoup

(1) Le code Bustamante prévoit la possibilité d'un tel partage. Cf. aussi le projet de loi uniforme du Bénélux.

(2) Cf. G. Kegel, « La réforme du Droit international du mariage en Allemagne ; projet du *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht* », *Revue*, 1962.641.

(3) Cf. le projet Bénélux de loi uniforme relative au Droit Int. Pr. art. 5 : cinq ans de résidence ; cf. art. 59, al 2., avant-projet de réforme du Code civil (non pas il est vrai pour le régime matrimonial, mais pour le statut personnel) : H. Batiffol, *Traité* (2e éd.). M. Batiffol a changé d'avis depuis lors.

d'étrangers qui viennent ici d'abord pour y passer l'hiver, puis continuent l'été, ont encore leur domicile à l'étranger, et puis progressivement s'attachent à la France et en fin de compte font partie de la colonie étrangère en France et vendent leur maison à l'étranger. La France est un pays où il fait bon vivre. Beaucoup viennent ici sans idée d'y établir leur foyer permanent et progressivement s'y attachent » (1).

L'article 72 de l'avant-projet de réforme du Code civil proposait de tenir compte de la naturalisation.

« Les époux étrangers qui acquièrent l'un et l'autre la nationalité française au cours du mariage ont la faculté, sous réserve des droits des tiers, d'adopter, dans l'année de cet événement, des conventions matrimoniales conformes aux dispositions du Code civil.

« Une mention de l'existence de ces conventions matrimoniales doit être faite à leur requête en marge de leur acte de mariage s'ils se sont mariés devant une autorité française ou si leur acte de mariage a été déposé en France. Dans le cas contraire, la mention sera faite sur un registre spécial tenu à Paris à la mairie du 1er arrondissement.

« A défaut de la publicité qui précède, les nouvelles conventions matrimoniales sont inopposables aux tiers.

« Si les époux qui n'avaient pas fait de contrat de mariage n'ont pas usé, dans le délai visé à l'alinéa 1) de la faculté prévue au même alinéa, le régime légal du droit français se substitue de plein droit, pour l'avenir et sous réserve des droits des tiers, à leur régime antérieur ».

La naturalisation ne prête à aucune équivoque et est particulièrement démonstrative, en outre, de l'intégration des époux au pays de leur domicile et de leur rupture définitive avec leur pays d'origine. Pour les époux qui se feraient naturaliser dans un pays autre que la France, on pourrait prévoir qu'ils seraient de même soumis à la loi de leur nouvelle nationalité, à condition que cette loi accepte la compétence.

On ne peut pas vraiment regretter que la Cour suprême ne se rallie pas à la compétence de la loi nationale commune, car une telle règle ne serait pas assez nuancée si elle ne prévoyait pas en même temps une réserve pour l'éventualité de la naturalisation. Il y faudrait l'intervention du législateur. La jurisprudence peut, dans la détermination du centre des intérêts, introduire une certaine souplesse, quitte à ne pas respecter le principe selon lequel elle doit placer son appréciation au moment de la célébration du mariage ; ainsi lorsqu'elle constate que des émigrants hésitants ont fini par se fixer définitivement au pays de leur domicile, elle affirmera qu'ils en avaient eu l'intention dès leur mariage. Mais si l'on adopte des critères rigides, cette correction n'est plus possible.

(1) P. Lepaulle, Compte rendu de la séance du 21 mai 1955, Comité Français de Droit International Privé, *La codification du droit international privé*, 1956, p. 169.

Dans la mesure où l'on envisage la compétence de la loi nationale commune des époux, une question se pose : si les époux sont de nationalités différentes, mais que leurs lois nationales respectives prévoient un régime légal identique, ne convient-il pas de les soumettre à ce régime plutôt qu'à celui organisé par la loi de leur domicile ? Mais du moment que l'on recherche la localisation des intérêts du ménage et non pas le choix d'un régime par les époux, la solution est évidente. Au reste, il convient d'ajouter que les régimes organisés par des législations différentes, même s'ils sont d'un type identique, ne sont jamais tout à fait semblables.

§ 4. — Le fondement du système

139. Un dernier point mérite d'être discuté. Que doit-on penser du fondement attribué par M. Batiffol et la doctrine récente à la solution du centre des intérêts ? Est-ce que l'on peut se satisfaire de l'affirmation selon laquelle « il y a un fait juridique certain ... celui que les époux sont mariés sans contrat et que leurs intérêts matériels sont regardés comme situés dans un tel pays » ?

Une première remarque doit être faite. On ne peut pas considérer que la notion de fait juridique soit nécessaire pour expliquer la recherche d'une localisation de ce phénomène juridique, puisque la détermination d'une règle de conflit implique toujours une localisation du rapport juridique. Cette notion, dès lors, n'est utile que si elle permet la localisation.

« Les faits juridiques sont régis par la loi du lieu où ils surviennent, la loi locale selon la terminologie juridique de Bartin » (1). Mais, en l'occurrence, quel est exactement le fait juridique ? Les auteurs ne le précisent pas, ils se contentent d'affirmer qu'il y en a un. Le mariage ? non, car personne ne conteste qu'il s'agit d'un acte juridique. L'absence de contrat ne signifie rien en elle-même. Pour M. Batiffol, c'est donc la localisation des intérêts matériels qui est considérée comme un fait juridique. Si l'on définit ce dernier comme tout événement matériel qui produit un effet de droit, alors il faudra considérer dans la localisation le phénomène purement matériel consistant pour les intérêts à se situer en un certain lieu. Mais matériellement, les intérêts ne se localisent pas nécessairement en un seul lieu, ni à un moment donné, ni *a fortiori* à travers le temps. Les intérêts ne se confondent pas et chaque intérêt se localise. D'où il résulte non pas un fait juridique, mais des faits juridiques, autant qu'il y a d'intérêts. Même s'ils se localisent en un seul lieu, ils n'en seront pas moins distincts. Autrement dit, si l'on prétend régir le fait juridique, il faudra envisager séparément la loi compétente pour chaque fait. Cela est en contradiction avec la notion d'indivisibilité du régime. On peut considérer que chaque intérêt

(1) H. Batiffol, *Traité*, p. 330, n° 284.

par sa localisation représente un fait juridique, autrement dit, un fait matériel qui emporte des conséquences juridiques. Mais la localisation des intérêts est une abstraction juridique qui implique que l'on réunisse un certain nombre de faits juridiques, d'intérêts localisés, qu'on les considère comme un ensemble et qu'on localise cet ensemble. Cette localisation au deuxième degré ne peut pas s'analyser comme un fait juridique : elle est une conséquence, un effet de droit. Mais elle n'est pas la conséquence directe des faits juridiques. Il a fallu un événement qui permette de réunir ces faits juridiques en un ensemble. Et c'est bien entendu le mariage, acte juridique. Le mariage ne modifie pas seulement les conséquences d'un fait juridique, comme il modifie, par exemple, les règles de la filiation et aboutit à distinguer la filiation légitime, naturelle et adultérine. Le mariage, en l'occurrence, fait perdre aux faits toute indépendance et les intègre dans un statut, le régime matrimonial. La notion de fait juridique est donc une explication insuffisante.

Pour les concubins, on est obligé, à défaut de mariage et de régime matrimonial, d'avoir recours à l'idée de société de fait. Celle-ci n'est qu'un décalque du régime matrimonial, comme le concubinage en est un du mariage, mais démontre que chez un ménage de droit comme de fait, il faut un catalyseur des intérêts. Pour les concubins, c'est le concubinage, fait juridique ; pour les époux, le mariage, acte juridique. La localisation des intérêts est la conséquence d'une conjonction de faits juridiques pour les premiers et de la conjonction d'un acte et de faits juridiques pour les seconds. Mais cette conjonction n'est ni un fait, ni un acte juridique : elle est déjà un effet de droit.

Pour trouver la règle applicable, selon la thèse de M. Batiffol, il faut localiser un fait juridique et ce fait c'est précisément sa localisation. Mais alors, la notion de fait juridique n'est d'aucun secours, puisqu'elle suppose le problème résolu. En réalité, on a pensé que la meilleure règle possible était celle de la localisation des intérêts des époux. Et c'est pour essayer de justifier cette règle que l'on a fait appel à la notion de fait juridique. On peut comparer cette démarche logique à celle de Dumoulin, invoquant l'idée de contrat tacite pour justifier son système. La prudence commande de dire que la *famosissima quaestio* n'a peut-être pas trouvé sa solution définitive.

Mais pourquoi l'idée de fait juridique pour succéder à celle de contrat tacite ? Parce que c'est la plus large qu'on puisse imaginer : « Les faits juridiques sont tous les faits doués de conséquences juridiques en dehors des actes juridiques », disent MM. Marty et Raynaud (1). On a prouvé à satiété que le régime matrimonial n'était pas un contrat, ni même un acte juridique. On devait forcément être amené à penser qu' « il y a un fait juridique ».

(1) Marty et Raynaud, *Droit civil*, t. I, p. 252, n° 147.

140. Selon M. Batiffol, « les effets extra-patrimoniaux du mariage sont ceux d'un acte juridique parce qu'ils sont l'objet même de la volonté des parties : bien que cette volonté ne les détermine pas, elle y adhère dans le consentement au mariage qui autrement serait vide » (1). Mais le consentement ne comporte-t-il pas aussi l'acceptation qu'un statut juridique gouverne les relations pécuniaires des époux ? L'existence du statut dépend du mariage, en est même un effet immédiat. Il n'en est pas ainsi de son contenu : aussi, celui-ci pourra-t-il, du moins partiellement, être fixé par contrat ; pour le reste, ou pour l'ensemble à défaut de contrat, il sera fixé par la loi, non pas par la loi du mariage, mais par celle du pays où il exerce son empire. Mais il ne s'agit pas nécessairement d'un pays unique. On évite cependant la division du statut par la recherche du centre des intérêts des époux et l'on admet que le changement même de ce centre ne peut pas directement déterminer un changement de loi, parce que la soumission des relations pécuniaires à un statut unique résulte du mariage. Il y a, en bref, non pas un seul fait, mais des faits juridiques multiples. Mais le mariage implique dans ses effets l'existence d'un statut juridique pour les relations pécuniaires et donc un regroupement de ces faits. On cherchera une localisation d'ensemble qui ne correspondra pas nécessairement à chacun d'entre eux. Le régime matrimonial, dans son existence et dans son contenu résulte d'un acte et de faits juridiques.

La conséquence en doit être, nous semble-t-il, qu'il ne faut pas entendre trop étroitement l'idée d'intérêts matériels. C'est à ce titre que l'indice tiré de la nationalité commune des époux peut avoir son importance et que les indices témoignant de la fixation de la vie des époux sont plus démonstratifs que ceux qui concernent l'investissement de leur fortune.

SECTION III

CONSÉQUENCES DU REMPLACEMENT DE LA LOI D'AUTONOMIE PAR LA LOI DU CENTRE DES INTÉRETS

§ 1. — Quand y a-t-il conflit de lois ?

141. La jurisprudence a estimé jusqu'à présent que le seul cas où il ne fallait pas chercher à déterminer la volonté des époux était celui des époux Français s'étant mariés et ayant toujours vécu en France. Pour que les tribunaux français aient eu à juger du cas d'un ménage d'étrangers, il fallait bien que ceux-ci ou l'un

(1) H. Batiffol, *Traité*, p. 689, n° 633, note 7.

d'eux du moins aient eu à un moment donné une résidence en France : les juridictions ont toujours estimé qu'alors les conditions d'un conflit de lois étaient réunies. Ainsi, sauf par quelques décisions que la Cour suprême n'a jamais approuvées, les époux de même nationalité, même s'ils se sont mariés dans leur pays d'origine, ne sont pas soumis d'office à leur loi nationale, mais on recherche leur volonté. Bien plus, on estime souvent qu'ils n'ont pas entendu se soumettre à leur loi nationale (1). Mais l'on est allé plus loin encore. La Cour d'Amiens, le 20 octobre 1960, n'applique pas la loi espagnole à deux époux espagnols mariés et domiciliés pendant neuf ans en Espagne, pays qu'ils n'ont quitté qu'à la suite de la guerre civile et de la défaite républicaine, sans avoir au préalable recherché leur intention et conclu bien entendu qu'ils ont voulu se soumettre à la loi espagnole (2). On peut penser que, si dans un acte postérieur, acte d'achat ou testament rédigé par un notaire français s'était trouvée une allusion à la communauté légale française, cette solution aurait pu être mise en question. L'élément d'extranéité réside dans la preuve d'une intention et l'on sait combien l'on sollicite les circonstances pour en découvrir une : d'ailleurs cette intention est toujours censée exister. Même alors que la compétence d'une loi semble s'imposer d'évidence, le système de l'autonomie aboutit à créer une certaine incertitude.

La règle du centre des intérêts ne devrait, elle, être mise en jeu que dans la mesure où tous les intérêts au moment du mariage ne sont pas groupés en un seul pays. Dans l'espèce soumise à la Cour d'Amiens, la loi espagnole eût été appliquée sans hésitation, puisqu'au moment où les juges doivent se placer pour leur appréciation tous les intérêts des époux étaient réunis en Espagne. Alors qu'avec la loi d'autonomie la question se pose des cas où elle doit intervenir, la règle du centre des intérêts évite toute solution de continuité entre l'hypothèse où il y a conflit et celle où il n'y a pas conflit de lois. Même dans cette dernière hypothèse, celle d'époux français ayant toujours vécu en France, la loi française correspondra bien au centre de leurs intérêts, tandis que, même dans le cadre de la théorie de l'autonomie, on ne tiendrait aucun compte de leur volonté tacite de soumettre leur régime à une autre loi.

§ 2. — Lois modifiant le régime des époux

142. Avec la loi d'autonomie, on prétend rechercher le régime choisi par les époux plutôt que la législation applicable. Dès lors, une question se posera : si le régime choisi est modifié par une loi

(1) Civ., 7 novembre 1961, *Revue*, 1962.681 ; 30 décembre 1959, *Revue*, 1961.326.

(2) Amiens, 20 octobre 1960, *Revue*, 1961.326, note M. Simon-Depitre ; *contra* : Paris, 2 juillet 1954, *Revue*, 1954.810, note H. Batiffol.

qui déclare le nouveau régime applicable à tous les ménages mariés avant son instauration, que va-t-il se passer (1) ? Ce problème est éliminé si l'on estime que les époux se sont soumis à une législation plutôt qu'à un régime : les modifications s'appliqueront. Mais, dans le cas contraire, on devra dire que c'est le régime non modifié que les époux ont choisi et c'est celui-ci qui continuera à régir leurs relations pécuniaires. Ce régime sera alors sans support légal. Lorsque la législation en cause prévoit elle-même que la modification ne s'appliquera qu'aux époux mariés après la promulgation de la nouvelle loi, l'ancienne loi reste en vigueur pour une catégorie donnée de personnes. Mais dans l'hypothèse envisagée, l'ancienne loi est complètement abolie. Or la Cour de cassation a affirmé que tout contrat international est nécessairement soumis à une loi (2) et ce principe devrait être vrai *a fortiori* pour le régime matrimonial.

Une façon de tourner la question serait de considérer que les époux souscrivent par avance, en adoptant un régime, à toutes les modifications que la loi qui l'organise pourra éventuellement lui apporter (3). Cette prévision des modifications légales que l'on prête aux époux est évidemment fictive. Mais avec la loi d'autonomie, on n'en est pas à une fiction près (4). Pourtant, la jurisprudence est de façon générale peu encline à admettre la rétroactivité et même l'effet immédiat des lois étrangères. Plusieurs fois, la question s'est posée pendant ces dernières années à des tribunaux.

143. Une première affaire concernait deux Polonais. Ceux-ci s'étaient mariés en 1922 à Varsovie sans faire de contrat de mariage et ils avaient vécu dans cette ville jusqu'en 1925, date à laquelle ils étaient venus s'établir en France où ils ont vécu et exercé un commerce depuis lors. En 1948, le Tribunal de la Seine prononça leur divorce. La dame Zadjengart prétendait que le régime de séparation de biens avec usufruit partiel en vigueur en Pologne au moment de leur mariage avait été remplacé, en vertu d'une loi du 29 mai 1946, par un nouveau régime légal de séparation de biens avec communauté d'acquêts différée. Le 10 octobre 1952, le Tribunal de la Seine rejeta la demande de la femme estimant que le premier régime n'avait pu être remplacé à cause du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. La Cour de Paris réfuta cette explication : le principe de l'immutabilité prohibe « seulement les modifications que les époux pourraient apporter volontairement et par voie de conventions au régime de biens, mais (que) jamais ce principe, pas plus en Pologne du Congrès qu'en France, n'a empêché des modifications statuées éventuellement par la loi et dont du

(1) Chr. GAVALDA, *Les conflits dans le temps en Droit international privé*, p. 366 et s., p. 389 et s.

(2) Civ., 21 juin 1950, *Revue*, 1950.609, note H. Batiffol ; *Clunet*, 1950.1196.

(3) Cf. sur cette question G. DROZ, *J. Nat.*, 1961.81 et s. ; Chr. GAVALDA, *op. cit.*

(4) A. Ponsard, note sous Paris, 2 juillet 1954, *Clunet*, 1955.142.

reste la législation française fournit maints exemples» (1). Mais la Cour prend plus au sérieux l'argument selon lequel « la volonté des époux Lamet aurait été, en se mariant, de donner comme contenu *ne varietur* à leur convention matrimoniale présumée la teneur alors existante de leur loi nationale, à l'exclusion de toute modification future de cette teneur ». Pour y répondre, elle explique que « les rapports matrimoniaux des époux Lamet, lors de leur mariage, c'est-à-dire à l'époque même où a été fixé leur régime matrimonial, comme d'ailleurs pendant les premières années de leur vie conjugale, ne comportaient aucun élément de caractère international et se situaient exclusivement sur le plan du droit polonais interne». Dès lors, la notion de contrat tacite étant exclusivement réservée au domaine des conflits de lois, l'application immédiate de la loi polonaise permettait de soumettre les époux Lamet au nouveau régime légal polonais, tel qu'il résultait de la loi de 1946. Mais, par la même occasion, la Cour de Paris limite le champ de la règle de conflit et, d'autre part, admet implicitement que, si elle avait eu à jouer, il aurait fallu admettre que les époux restaient soumis à l'ancien régime.

144. Dans une deuxième affaire, il s'agissait de déterminer la composition de la succession de Maxime Roguinsky. Celui-ci, de nationalité russe, avait épousé une compatriote en 1910 à St. Petersbourg. Les époux avaient vécu au moins jusqu'en 1921 à Moscou où Roguinsky exerçait la profession d'avocat. En 1925, ils arrivaient en France après un séjour à Berlin. En 1936, ils obtenaient la qualité de réfugiés à compter de 1928. Or une loi soviétique du 19 novembre 1926 avait remplacé avec effet immédiat la séparation de biens par une communauté réduite aux acquêts. Le Tribunal de Marseille par un jugement du 4 mars 1954 décida que les époux étaient soumis au nouveau régime à compter de sa mise en vigueur (2). Il ne se référait pas à la loi d'autonomie et se fondait essentiellement sur ce qu'au moment de l'entrée en vigueur du nouveau régime, les époux n'avaient pas encore la qualité de réfugiés et restaient sous la protection du gouvernement de l'U.R.S.S. Implicitement, il admettait que l'article 4 du décret du 3 décembre 1936 promulguant la Convention de Genève du 28 octobre 1933 aurait rendu inopérant à leur égard tout changement légal du régime matrimonial. Or cet article est ainsi conçu : « Le statut personnel des réfugiés russes sera régi par la loi de leur domicile ... Cependant les droits acquis sous l'empire de l'ancienne loi nationale du réfugié ... seront respectés ... ». Il aurait mieux valu dire que cet article était étranger à la question : admettre qu'il ne l'est pas revient à recon-

(1) Paris, 2 juillet 1954, (*Lamet*), *Revue*, 1954.81, note H. Batiffol ; *Clunet*, 1955.142, note A. Ponsard ; *Clunet*, 1954.791, obs. J. B. Sialelli ; *Gaz. Pal.*, 1954.II.271 ; cf. aussi Chr. Gavalda, note sous Trib. civ. Seine, 10 octobre 1952, *Revue*, 1954.157.

(2) Trib. civ. Marseille, 4 mars 1954 (*Roguinsky*), *Gaz. Pal.*, 1954.I.325.

naître que le régime matrimonial dépend du statut personnel des époux.

En appel, la Cour d'Aix confirma le jugement du Tribunal de Marseille (1). Pour elle aussi, la question était de savoir « à quel moment ils ont perdu la qualité de nationaux soviétiques, qualité qui les soumettait *ipso facto* au nouveau régime légal matrimonial édicté par le Code du 19 novembre 1926, applicable le 1er janvier 1927 ». On peut comprendre cette affirmation ainsi : tant que les époux sont russes, aucun élément d'extranéité ne permet de voir dans la question un conflit de lois ; la législation russe s'imposera d'office. Une fois qu'ils ont perdu la nationalité russe, il existe un élément d'extranéité et la règle d'autonomie s'appliquera. Sans doute, selon cette règle, il faudra décider que les époux, au moment de leur mariage, ont opté pour le régime légal russe. Mais ce régime étant alors censé avoir été choisi par les époux, les modifications légales postérieures seront sans effet. La Cour d'Aix cependant ne s'explique pas sur ce point, pas plus que la Cour de Fort-de-France, qui, dans une troisième espèce, fait pour la première fois application de la règle à des époux qui s'étaient vu reconnaître la qualité de réfugiés avant que la loi modifiant le régime n'intervienne (2). Cette dernière décision fait simultanément appel à des arguments tirés du personnalisme, de l'idée des droits acquis et du principe de l'immutabilité. « Attendu qu'une nouvelle loi roumaine du 4 janvier 1954 en ses articles 30 et suivants a institué un nouveau régime légal, unique et obligatoire, celui de la communauté réduite aux acquêts, applicable même aux époux mariés antérieurement à la loi ; que toutefois, si ce nouveau régime s'appliquait en Roumanie et aux Roumains en général, même à ceux qui avaient adopté un régime conventionnel, il ne pouvait évidemment (sauf en cas de convention s'y référant expressément) atteindre des citoyens français régis par la loi française ;

— qu'en effet le respect des droits acquis, voulu par les Conventions de Genève, admis par le droit français qui, par ailleurs, reste fidèle au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, ne saurait en aucun cas justifier du renvoi inconditionnel à la loi roumaine, avec toutes ses modifications ultérieures, comme l'ont décidé les premiers juges ... ».

145. Pourquoi cette insistance de la jurisprudence à vouloir admettre que la perte de la nationalité entraîne la paralysie, « la pétrification » selon une expression allemande, du régime matrimonial ? M. Droz en donne l'explication : « Si on admet donc, avec la Cour de Paris, que la loi étrangère définitivement applicable

(1) Aix., 22 mars 1955 (*Roguinsky*), *Revue*, 1956.274, note Y. Loussouarn ; *Clunet*, 1955.670 ; *Gaz. Pal.*, 1955.I.325.

(2) Fort-de-France, 21 juin 1962, (*Braescu*), *Clunet*, 1962.1010, observ. J. B. Sialelli.

au régime l'est dans toutes les dispositions aussi bien transitoires que de fond, il semble qu'on aboutisse au résultat suivant : tous les couples de Moraves ou de Slovaques, de Poméraniens ou de Silésiens, de Roumains, de Russes, d'Allemands, qui, dans cet énorme brassage provoqué en Europe centrale par les deux dernières guerres, ont quitté leur pays, l'ont peut-être fui ou ont été expulsés, qui ont finalement arrêté leur course en France, s'y sont installés, et même se sont fait naturaliser, voient aujourd'hui leur régime matrimonial légal transformé, par l'effet de ces lois tchécoslovaque, polonaise, roumaine, soviétique ou allemande en un régime s'apparentant à la société d'acquêts.

De telles conséquences peuvent paraître choquantes, on peut rester étonné devant cette impuissance de l'homme à se libérer une fois pour toutes d'un pouvoir avec lequel il a tout à fait rompu » (1).

La jurisprudence a voulu éviter de telles conséquences. La loi d'autonomie permet de fournir une explication théorique à ce barrage dressé entre les réfugiés et le législateur du pays délaissé. Mais il faut avouer que cette explication est boiteuse, car le régime devant être déterminé au moment du mariage, il est extraordinaire qu'un événement survenu ultérieurement puisse exercer une influence non sur la loi applicable elle-même, il est vrai, mais sur la façon dont cette loi s'applique. Il est irrationnel d'admettre que le régime légal, de régime imposé par la loi, puisse se transformer en contrat tacite au gré des circonstances de la vie des époux. Il est enfin pour le moins audacieux d'admettre que les époux puissent être soumis à un régime qui ne bénéficie plus d'aucun support légal.

En outre, il faut admettre qu'il n'est guère plus satisfaisant d'obliger nos notaires et nos juges à déterrer et à ressusciter toutes ces vieilles lois mortes. M. Droz, lui-même, estime que, *de lege ferenda*, le meilleur système est celui qui permet aux naturalisés ou aux réfugiés d'opter pour un régime français. Mais comment intégrer une telle réforme dans le cadre de la loi d'autonomie ? Avec le système du centre des intérêts, la justification théorique est facile à trouver : une rupture définitive et complète, manifestée de façon incontestable remet les époux dans une situation neuve qui exige une exception au principe de l'immutabilité, et qui, dans un système de mutabilité limitée, doit être le premier cas permettant un changement de régime.

§ 3. — La règle de conflit du for est-elle toujours compétente ?

146. Enfin une question un peu particulière peut se poser. Il faut imaginer qu'au moment du mariage, aucun des éléments d'extranéité n'était situé en France : la loi française se situe en quelque sorte hors du conflit. Ainsi, une Italienne épouse un Allemand ; ils fixent leur domicile en Allemagne, ils y vivent pendant

(1) G. Droz, *J. Not.*, 1961.90.

trente ans. Puis il viennent s'installer en France, sans qu'au moment de leur mariage ils aient imaginé de le faire. Le juge français appliquera la règle de conflit française, loi d'autonomie ou loi du centre des intérêts. Il estimera que les époux ont choisi de se soumettre à la loi allemande ou encore que le centre de leurs intérêts était fixé en Allemagne. Mais, si au lieu d'avoir fixé leur premier domicile en Allemagne, ils l'avaient établi en Italie, le juge français se prononcerait sans nul doute pour la compétence de la loi italienne. Or la règle italienne de conflit, comme l'allemande, seules règles que les époux aient pu envisager, désignent toutes deux la compétence de la loi allemande, loi nationale du mari. L'application de la règle de conflit française déjoue toutes les prévisions qu'ils ont pu faire. L'intérêt de la doctrine française s'est porté depuis peu d'années sur ce problème dit de « conflit dans le temps des règles de conflit dans l'espace » (1).

La solution aurait facilement pu en être trouvée par le jeu de la loi d'autonomie. En effet, recherchant la loi à laquelle les époux ont entendu se soumettre, on aurait pu dire qu'ils n'ont pas pensé selon toute vraisemblance à une autre loi que celle dont leurs lois nationales, la loi de leur domicile, la loi du lieu de célébration du mariage désignaient la compétence. Pourtant, dans toute l'histoire de la jurisprudence française, on ne trouve pas qu'une règle de conflit étrangère ait jamais été retenue à titre d'indice. Avec le système de la localisation, il devient difficile de prétendre que le centre des intérêts du ménage est dans une telle hypothèse fixé en Allemagne.

Dans un cas semblable à propos duquel ce problème a été introduit en France (2), la Cour de Rabat estima que la règle de conflit du for était inapplicable (3). Un Italien avait épousé une Française qui par son mariage avait pris la nationalité italienne. Les époux vécurent deux ans en France, puis émigrèrent au Maroc. L'article 15 du Dahir marocain sur la condition civile des Français et des Etrangers soumet les effets du mariage sur les biens à la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage. La Cour remarqua « que le régime matrimonial sur lequel ils se sont placés était déjà fixé et acquis avant leur arrivée au Maroc ». Elle en déduisait que la règle de conflit marocaine était inapplicable et elle en profita pour faire application de la loi d'autonomie, règle de conflit française. Or si le refus de la Cour d'appliquer la règle marocaine peut s'expliquer, quoique, en principe, la règle de conflit soit toujours celle du for, les juges n'ont pas pris la peine de motiver la préférence

(1) Cf. B. Goldman, note sous Rabat, 24 octobre 1950, *Clunet*, 1951.894 ; Ph. Francescakis, note sous le même arrêt, *Revue*, 1952.89 ; H. Batiffol, « Principes de Droit International Privé, *Recueil*, n° 97, 1959.II, p. 435-573 ; J. Foyer, *Filiation légitime et changement de la loi applicable*, 1965, n^os^ 380 et s.

(2) Cf. H. Batiffol, « Principes de Droit International Privé », *Recueil*, n° 97, 1959.II, p. 435-573, spécialement p. 490.

(3) Rabat, 24 octobre 1950, *Clunet*, 1951.894, observ. B. Goldman ; *Revue*, 1951.89, note Ph. Francescakis.

accordée à la règle française sur l'italienne (1). L'application de la loi d'autonomie aboutissait, en effet, à soumettre les époux au régime légal français alors que la règle de conflit italienne les aurait soumis à la loi nationale du mari, et au régime légal italien. La solution de la Cour de Rabat eût été moins sujette à caution si les règles de conflit française et italienne avaient été identiques comme dans l'hypothèse des époux germano-italiens domiciliés en Italie.

147. L'on peut se demander finalement si, en acceptant le jeu du renvoi, on ne réglerait pas de la meilleure façon ce problème. En effet, en reprenant les différentes hypothèses envisagées, l'on contaste que dans le cas de l'Italienne et de l'Allemand domiciliés en Allemagne, la règle française désigne comme compétente la loi allemande qui accepte cette compétence ; dans le cas où le domicile de ces époux est fixé en Italie, la règle française désignant la loi italienne, celle-ci renvoie à la loi allemande qui accepte sa compétence, solution seule conforme aux prévisions que les époux pouvaient faire au moment du mariage. On estime généralement que la loi d'autonomie ne s'accomode pas du renvoi (2). En effet, dans la mesure où l'on prétend rechercher la volonté des époux, celle-ci par le jeu d'un renvoi se trouverait déjouée. Mais on peut estimer, au contraire, que le renvoi compléterait opportunément la règle de la localisation, parce qu'elle aboutirait toujours à des solutions conformes à la prévisibilité des époux. Cela, parce que tous les systèmes de conflits, sauf, en ce qui concerne les immeubles, les systèmes de la réalité (3) n'usent pratiquement que de deux critères, le domicile ou la nationalité, soit qu'ils consacrent exclusivement l'un ou l'autre, soit qu'ils partagent la compétence entre les deux. Tout de même, il pourrait arriver que, la règle française donnant compétence à une première loi étrangère, celle-ci renvoie à une seconde loi étrangère qui elle-même renvoie à la première.

Il est peut-être préférable de restreindre le jeu du renvoi, aux cas où aucun des éléments d'extranéité au moment du mariage n'est fixé en France. Il ne s'agirait pas d'un véritable renvoi, on n'en utiliserait que la technique et l'opération pourrait s'analyser de la façon suivante : aucun élément d'extranéité n'étant situé en France, la règle de conflit française serait impropre à résoudre le conflit.

(1) Cf. Ph. Francescakis, note sous Rabat, 24 octobre 1950, *Revue*, 1952.89, H. Batiffol, *Recueil* n° 97, 1959.II, p. 492 et J. Foyer, *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, 1964, n° 382, p. 269, note 12 ; Ces auteurs expliquent la solution par le fait que les magistrats étant Français ont penché instinctivement pour leur propre règle de conflit. La Cour de Rabat, le 13 janvier 1960, dans une espèce similaire, n'a en tout cas pas confirmé sa solution de 1950 (cf. *Clunet*, 1961.524, observ. P. Decroux).

(2) Cf. H. Batiffol, *Traité*, n° 311.

(3) Le problème est alors d'un autre ordre, puisqu'il met en jeu le principe de l'indivisibilité.

Le problème est de déterminer quelle règle de conflit serait applicable. Entre toutes les lois des pays où se situe un élément d'extranéité, il n'y a pas *a priori* de raison d'en préférer une. On retiendra donc celle qui tranchera le problème de la même façon que la règle française, si du moins il en est une. Il suffira pour cela de mettre en œuvre la règle de conflit française. Si la loi désignée par notre règle retient la compétence, c'est qu'elle lui est identique en l'occurrence. Si elle ne l'accepte pas, elle renverra à une troisième loi. Si celle-ci l'accepte, c'est qu'elle est identique à la seconde : alors il deviendra inutile de choisir entre les deux. Si elle ne l'accepte pas, c'est qu'elle est identique à la règle française. Alors on la préférera. En effet, comme tous les systèmes aboutissent en règle générale à désigner soit la loi du domicile, soit la loi nationale, les possibilités de compétence sont très limitées : ou bien toutes les solutions proposées par les lois en présence sont identiques, même la française, ou bien toutes les solutions sont différentes de la française, donc identiques entre elles, ou enfin l'une des solutions au moins est identique à la française.

Une difficulté peut cependant surgir du fait que certaines lois retiennent non pas la loi du domicile au moment du mariage, mais la loi des domiciles successifs ou du dernier domicile. Pour la résoudre il suffit de penser qu'au départ il s'agit de déterminer la loi régissant le régime matrimonial au moment du mariage et qu'ensuite seulement se posera un problème de changement du régime.

Pourtant, dès lors que l'on admet une exception au principe selon lequel un conflit de lois doit être tranché selon les règles de rattachement du for, on peut estimer qu'elle ne doit pas se limiter aux conflits relatifs au régime matrimonial. Or la solution proposée repose essentiellement sur les caractères propres à cette institution en droit international privé comparé. M. Francescakis, approuvé par M. Batiffol estimait que l'abandon de la règle française de conflit devait se limiter aux cas où les règles de conflit de tous les Etats avec lesquels la situation présente un élément de rattachement désignent la même compétence (1). Il faut observer qu'en matière de régimes matrimoniaux on arriverait par cette solution aux mêmes résultats. Mais M. Francescakis ne pense plus que le désaccord des règles de conflit étrangères puisse justifier le recours aux règles françaises de rattachement (2). Lorsqu'une situation juridique s'est réalisée à l'étranger sans attache avec la France, il estime que si elle vient à être examinée par une juridiction française, la meilleure solution consiste à reconnaître la compétence de la loi qui l'a effectivement régie pendant tout son développement. Cette solution présente l'avantage de respecter le système étranger qui a effectivement opéré et de ne pas remettre en cause une situation juridique déjà réalisée.

(1) Ph. Francescakis, note sous Rabat, 24 octobre 1950, *Revue*, 1952.89 ; H. Batiffol, *Recueil* n° 97, 1959.II, p. 494.

(2) Ph. Francescakis, note sous Paris, 7 juillet 1954 (*Patino*), *Revue*, 1954.569, V° spécialement n° XI.

DEUXIÈME PARTIE

LE DOMAINE DE LA LOI APPLICABLE

« Il convient d'essayer d'opérer la démarcation du droit matrimonial économique au regard des autres grands domaines de la législation ».

E. Roguin,
Traité de Droit civil comparé,
Le régime matrimonial, p. 4.

148. Si la recherche de la loi du régime a fait l'objet de très nombreuses controverses depuis Dumoulin, les auteurs se sont encore moins accordés lorsqu'il s'est agi de délimiter le domaine de cette loi. Mais celui-ci n'a jamais été systématiquement étudié, en ce sens que personne n'a essayé de faire la part de ce qui appartient au régime matrimonial et de ce qui ne lui revient pas (1). Dans l'ancien droit, les auteurs se contentaient généralement d'examiner si telle ou telle règle particulière constituait un statut personnel, si par exemple, elle pouvait être interprétée comme une convention tacite. Les problèmes les plus débattus étaient ceux du remploi, de la continuation ou encore de la renonciation à la communauté, des avantages matrimoniaux, du douaire, des donations entre époux et de l'inaliénabilité dotale. Ainsi Bouhier consacre un chapitre de ses « Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne » à la « Personnalité des statuts fondés sur les conventions présumées des contractants ». Son propos n'est pas de déterminer ce qui se rattache au régime matrimonial, mais ce qui échappe aux statuts réels en tant que convention ou pour toute autre raison. Pour les statutaires, il n'y a pas une loi du régime, mais des règles de statut réel et d'autres de statut personnel. Bouhier commence par démontrer que les statuts concernant la communauté sont de l'espèce personnelle, puis il s'efforce de prouver que certaines dispositions prohibitives le sont également, mais à un tout autre titre que celui de convention tacite. Selon le commentateur de la Coutume de Bourgogne, comme pour Dumoulin, l'interdiction normande de la communauté trouve son fondement dans l'attachement des Normands à leurs intérêts. Elle ne concerne donc que les Normands, conclut-il. La continuation de communauté est un statut personnel, selon l'auteur, non parce qu'étant la prolongation de la communauté originelle entre les époux elle se trouve englobée dans la même convention tacite, mais parce qu'elle résulte d'un nouveau contrat

(1) E. Roguin, *Traité de Droit civil comparé. Le régime matrimonial,* 1905, p. 4 et s.

implicite auquel le conjoint survivant est censé avoir donné son consentement en ne faisant pas d'inventaire. De même, la renonciation à la communauté s'explique par une convention indépendante. Bouhier ne considère pas qu'il y a une convention tacite comprenant un certain nombre de clauses, mais il distingue de multiples contrats implicites. Le régime est indivisible en ce sens que la règle doit étendre son empire en tout lieu où se situent les biens des époux, mais toutes les règles concernant les relations pécuniaires des époux ne forment pas une seule institution, un ensemble indissociable. D'ailleurs on ne parle jamais de régime matrimonial, mais seulement de communauté, de douaire, d'action de remploi ... (1). Les conséquences de cette façon de voir n'étaient pas graves, puisque, considérées comme partie intégrante d'un ensemble ou non, les règles, dans la mesure où elles constituaient des statuts personnels, étaient soumises à la même loi (2).

149. Au XIX^e^ siècle, avec la loi d'autonomie, la règle de conflit est devenue particulière au régime matrimonial (3). Il existe une véritable loi du régime dont il convient de fixer le champ. Cette règle, étant fondée sur l'idée de contrat tacite, c'est l'objet de la convention qu'on s'est efforcé de déterminer : l'on a posé le principe que tout ce qui n'est pas impérativement imposé par la loi est conventionnel. La loi du régime devait donc gouverner toutes les règles supplétives. Selon Laurent, « l'autonomie des époux ne s'arrête que devant l'ordre public et les bonnes mœurs » (4). Cette formule ne doit pas faire illusion : l'auteur a une conception très large de l'ordre public et y fait rentrer toutes les dispositions prohibitives des articles 1388, 1389, 1394, et 1395 du Code civil. Ces prohibitions peuvent être personnelles ou réelles. Laurent les étudie une à une, mais ne cherche pas à établir une règle générale. Pour savoir si elles sont de l'une ou de l'autre espèce, il faut examiner le but que visait le législateur en les édictant. Le domaine de la loi d'autonomie n'est donc pas défini en lui-même, il varie selon les lois en présence et les dispositions impératives qu'elles comportent (5).

(1) B. LEMARIGNIER, *La Conférence des avocats et les conflits de statuts concernant les effets du mariage au début du XVIII^e^ siècle*, 1961.

(2) P. A. MERLIN (*Répertoire*, Conventions matrimoniales, § 2, t. VI, p. 419) cite pourtant un arrêt de la Cour de cassation du II thermidor an 3 qui distingue « entre les droits qui étaient la suite du mariage, tels que le règlement de la communauté, et les stipulations mêmes du mariage, telles quels dot et les donations contractuelles. Les premiers, a-t-on dit, se règlent par le domicile du mari s'il n'y a pas de stipulations contraires ; les autres doivent se régler par celle du lieu où le mariage a été contracté. Cette distinction, a-t-on dit, est faite par les auteurs ».

(3) C'est l'époque où, d'une façon générale, apparaissent les règles de conflit génériques du type Savigny. Cf. Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue*, 1966.1. et s.

(4) F. LAURENT, *Droit civil international*, t. V, p. 450.

(5) Cf. F. DESPAGNET, *Précis*, p. 956 et s.

150. Cette limitation du champ de la loi d'autonomie ne fut pas admise longtemps. Elle aboutit d'ailleurs à compliquer singulièrement le système. En effet, chaque fois que survenait un conflit en matière de régime matrimonial, il aurait fallu, en principe, tenir compte non seulement du régime présumé choisi par les époux, mais encore des dispositions des lois personnelle et réelle régissant impérativement leurs relations pécuniaires. Il aurait fallu, en outre, déterminer le caractère personnel ou réel de chacune de ces dispositions, est, bien entendu, ces seules dispositions personnelles de la loi personnelle et les seules dispositions réelles de la loi réelle pouvaient s'imposer aux époux. On est rapidement passé à l'idée que la loi d'autonomie seule devait régir le régime matrimonial en entier. La conséquence de cette évolution a été qu'il devenait nécessaire de définir ce qui revient au régime matrimonial et ce qui ne lui appartient pas. Pourtant, aujourd'hui encore, si les auteurs examinent volontiers les indicences de l'existence du contrat dans le cas du régime conventionnel, ils répugnent à tracer des frontières précises pour séparer le domaine du régime matrimonial de celui des effets personnels du mariage ou encore de celui du statut des biens et des successions. Ce n'est pas qu'on ignore la question, mais on se contente de la poser sans en discuter la solution (1). Audinet affirme que le mariage produit des effets pécuniaires indépendants du régime, il en énumère quelques-uns, hypothèque légale de la femme mariée, restrictions aux donations et aux contrats entre époux, mais il ne donne pas le critère selon lequel il intègre les effets pécuniaires au régime ou les en exclut (2). Or, étant donné que le régime est précisément défini comme l'ensemble des règles régissant les relations pécuniaires des époux, l'exclusion de certains effets patrimoniaux peut paraître discutable. En tout cas, une justification s'impose. Des explications ont été données de façon diffuse à propos de notes d'arrêts ou d'études particulières, mais un véritable système valable pour l'ensemble de la question préside-t-il à la solution des cas précis ? On peut en douter.

151. La complexité du régime rend très difficile, sinon impossible, la construction d'un tel système. On peut certes avancer l'idée que toute règle concernant les relations pécuniaires des époux dépend de la loi du régime. Mais ce serait démesurément agrandir le domaine de cette loi. Tous les textes que le Code civil consacre aux droits et aux devoirs réciproques des époux peuvent concerner directement ou indirectement les relations pécuniaires des époux. De manière générale, les effets personnels du mariage ne sont pas sans incidence patrimoniale. Il faut donc préciser que seules les

(1) E. Audinet, « Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage », *Recueil*, n° 40, 1932.II, p. 237 et spécialement p. 296.

(2) Cf. par exemple, aussi : Cl. J. Berr, « Les relations patrimoniales entre époux en droit international privé », *Clunet*, 1965.304. L'auteur écrit : « Les relations patrimoniales entre les époux ne sont donc pas conçues comme une catégorie juridique autonome ».

règles concernant au premier chef les relations pécuniaires font partie du régime matrimonial. Celui-ci est une institution dont l'organisation laisse une certaine place à l'intervention d'autres institutions telles que les contrats. On peut penser qu'il appartient au régime de préserver sa propre organisation dans la mesure où ces institutions pourraient avoir prise sur elle. Le régime des successions n'intervenant qu'après la dissolution du régime matrimonial ne peut pas, en principe, avoir effet sur lui. Pourtant, ces deux institutions sont trop étroitement liées, pour ne pas susciter de difficiles problèmes de délimitation. Enfin, le régime matrimonial peut, dans une large mesure, être organisé par contrat, et il en résultera d'autres problèmes de qualifications.

En bref, le régime matrimonial est un statut autonome composé des règles qui ont pour objet premier l'organisation des relations pécuniaires des époux. Ce statut comprend un grand nombre de dispositions. Mais il est aussi régi par quelques principes qui le dominent. Ceux-ci ne sont pas acceptés par toutes les législations et certaines ne leur donnent qu'une portée très relative. Est-ce la loi du régime ou une autre loi qui indiquera leur influence ? Cette question est en quelque sorte préjudicielle. C'est seulement après y avoir répondu qu'on pourra essayer de dégager ce qui appartient au régime de ce qui ne lui appartient pas.

TITRE I

LES PRINCIPES GOUVERNANT L'INSTITUTION DU RÉGIME MATRIMONIAL

152. L'institution du régime matrimonial est gouvernée par un certain nombre de grands principes ou de règles fondamentales. En droit interne, on en énonce toujours deux : la liberté et l'immutabilité des conventions matrimoniales devenue, en droit français, par l'effet de la loi du 13 juillet 1965, une mutabilité limitée (1). En droit international privé, depuis Dumoulin, il est beaucoup fait état d'un troisième principe : l'indivisibilité du régime. Enfin, un dernier, pour rester le plus souvent implicite (2), n'en est pas moins le plus évident de tous : c'est la nécessité d'un régime matrimonial.

Ces principes, même le dernier, ne sont pourtant pas incontestables, ni incontestés. Et lorsqu'ils sont reçus, on ne leur accorde pas nécessairement une valeur absolue. Les limites qu'on leur impose varient selon les législations. Dès lors, à moins qu'on ne considère leur signification selon la loi française comme d'ordre public international, il convient de déterminer la loi dont ils dépendent.

A vrai dire, la question ne se pose pas exactement de la même façon pour chacun de ces principes. Trois d'entre eux se regroupent autour d'une même idée : les époux sont nécessairement soumis à un seul régime matrimonial. Cette formule implique d'une part, la soumission nécessaire des époux à un régime matrimonial et

(1) Cf. H., L. et J. Mazeaud, *Leçons*, t. IV, p. 45, n° 32.

(2) Cf. pourtant : Ripert et Boulanger, *Traité*, t. IV, p. 1, n° 3 ; De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. X, 1949, p. 7.

d'autre part, l'indivisibilité et l'immutabilité de ce régime : un seul régime dans l'espace et dans le temps.

Le quatrième principe doit être mis à part. En effet, il pose, outre celui de sa portée, le problème de sa mise en œuvre. Et surtout, ce principe ne domine pas vraiment comme les autres l'institution du régime matrimonial ; il s'insère, au contraire, à l'intérieur du régime lui-même.

CHAPITRE I

LA NÉCESSAIRE SOUMISSION DES ÉPOUX A UN SEUL RÉGIME

SECTION I

DE LA NÉCESSITÉ D'UN RÉGIME MATRIMONIAL

§ 1. — Institutions du Droit français

153. En droit français interne, le principe selon lequel les époux sont nécessairement soumis à un régime matrimonial ne pose guère de problèmes. Si les époux n'ont pas fait de contrat de mariage ou si celui-ci est nul, ils vivent sous le régime de la communauté légale. On a parfois affirmé que la séparation de biens était une absence de régime. Rares sont pourtant ceux qui ont pris cette affirmation au pied de la lettre (1). D'ailleurs, il n'y a guère de conséquences à en tirer en droit interne. Elle ne vaut que pour témoigner de l'esprit de la séparation de biens. En bref, « le régime est plus ou moins complexe, mais il s'impose dans tous les cas comme une inéluctable nécessité » (2).

A. — Le problème de la séparation de biens judiciaire.

154. Pourtant, lorsque, essayant de déterminer la nature juridique du régime matrimonial, M. Carbonnier s'attache à démontrer qu'il constitue une société, il en excepte une seule forme : la séparation de biens judiciaire accessoire à la séparation de corps. Cette exclusion est évidemment liée à sa thèse : il ne lui semble pas possible de considérer la séparation de biens accessoire à la séparation de corps comme établissant une société. Mais certaines décisions jurisprudentielles ont, de leur côté, soustrait la séparation de biens judiciaire à la compétence de la loi du régime.

(1) Cf. pourtant le système de E. Ricard, *supra*, n° 105.
(2) Ripert et Boulanger, *Traité*, t. IV, p. 2, n° 3.

Ainsi, le 10 décembre 1908, le Tribunal civil de la Seine admettait la possibilité pour une femme de demander la séparation de biens selon la loi française, alors que les époux étaient soumis au régime légal russe (1). Cette décision est, à plusieurs égards, curieuse. En effet, le régime de droit commun russe était déjà une séparation des biens. Sans doute, des nuances de réglementation rendaient plus avantageuses pour la femme la séparation de biens française. Mais, d'autre part, si la compétence de la loi française ne s'expliquait pas au titre de loi du régime, elle ne se justifiait pas davantage comme loi personnelle, les deux époux étant russes : « Attendu, dit le Tribunal, qu'en principe la femme jouit de la faculté de poursuivre la séparation de biens sous quelque régime qu'elle soit mariée, pourvu qu'elle ait un intérêt légitime à provoquer cette mesure ; qu'il importe peu qu'il s'agisse de la femme française ou de la femme étrangère qui, bien que séparée de biens, a, par sa résidence fixée en France, consenti par là même à être régie par les lois de son pays d'adoption ». Le professeur Perroud a envisagé plusieurs interprétations possibles de la décision. La loi russe ne prévoyant pas l'immutabilité des conventions matrimoniales, les époux en s'installant en France auraient, suggère-t-il, implicitement changé de régime pour adopter la communauté légale française. Mais il s'agirait alors non seulement d'un simple changement de régime, mais d'un changement de législation. En outre, le droit russe ne prévoyait nullement la possibilité de changer implicitement de régime. Aussi Perroud propose-t-il une seconde explication : les époux n'auraient modifié que partiellement leur régime en arrivant en France ; ils auraient seulement adopté la faculté de demander la séparation de biens. Cette hypothèse ne permet cependant d'écarter aucune des objections déjà faites. En outre, elle suscite un problème d'indivisibilité du régime. L'auteur conclut : « Il paraît donc certain que des époux russes mariés sous un régime russe ne peuvent plaider en séparation de biens que si la loi russe connaît cette institution et dans la mesure où elle l'admet ». Mais, outre que cette question n'a pas été soulevée par le jugement, celui-ci a incontestablement entendu soumettre les époux à la séparation de biens judiciaire française. Pour Bartin, le Tribunal aurait fait jouer la notion d'ordre public international (2). Mais rien dans la formulation de la décision ne confirme cette idée et il est peut-être plus exact de dire que la loi française a été appliquée à titre de loi de police et de sûreté (3). En tout cas, les juges ont rejeté la compétence de la loi du régime.

Un arrêt de la Cour d'appel de Saïgon en a fait autant (4). Deux

(1) Trib. civ. Seine, 10 décembre 1908, *Clunet*, 1909.1090, note J. Perroud.
(2) E. Bartin, *Principes*, t. II, § 311, p. 288.
(3) Mais sur le rapprochement de ces deux notions dans le concept de « lois d'application immédiate », cf. Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *Revue*, 1966.1 et s.
(4) Saïgon, 2 février 1945, *Rev. jur. et polit. de l'Un. Franc.*, 1947.287.

époux dont le régime matrimonial était gouverné par la loi annamite avaient acquis la nationalité française. La femme demanda à bénéficier de la séparation de biens que la loi annamite ne connaissait pas. « L'accession à la qualité de citoyens français, dit la Cour, desdits époux a eu pour effet de leur appliquer les mêmes règles de droit que celles appliquées aux Français d'origine ; ... ainsi la dame T.T.R. peut se prévaloir des dispositions françaises relatives à la séparation de biens ». Les juges ont considéré que le régime matrimonial des époux, parties au litige, n'avait pas varié à la suite du changement de leur statut, mais que la femme, du fait de son accession à la qualité de citoyenne française, avait acquis l'exercice d'un droit nouveau, même si celui-ci avait pour résultat de modifier les conventions matrimoniales primitives.

Ces deux décisions sont restées isolées. Mais d'autres espèces jurisprudentielles citées en faveur de la loi du régime sont en réalité peu claires ou ne tranchent pas directement la question. Dans un arrêt ancien, la Cour suprême avait décidé, confirmant ainsi un arrêt de la Cour de Chambéry, qu'une femme mariée sous l'empire de la loi sarde pouvait, quoiqu'elle n'eût introduit sa demande qu'après la promulgation du Code civil français en Savoie, se prévaloir de la loi sarde d'après laquelle la séparation de biens donnait ouverture au gain de survie de la femme (1). Mais le conflit de lois étant né en l'occurrence d'une annexion, se situait non pas dans l'espace, mais bien dans le temps, de sorte que la solution n'est pas décisive de notre point de vue (2). Un arrêt de la Chambre des requêtes du 7 mars 1870 n'est guère plus significatif, quoiqu'il paraisse trancher en faveur de la loi du régime. Les juridictions françaises étant à l'époque incompétentes pour statuer dans les litiges entre étrangers, il ne se préoccupe en fait que de ce problème de compétence et non pas de la loi applicable au fond (3).

155. Trois décisions se sont pourtant nettement prononcées pour la loi du régime, mais elles émanent toutes de juridictions inférieures (4). Elles sont généralement approuvées par les auteurs. Certains cependant préfèrent la compétence de la loi personnelle des parties, car, disent-ils, « il s'agit d'une mesure de protection qui relève de la compétence naturelle du législateur national » (5).

(1) Req., 14 juillet 1863, S., 1863.I.333 ; Chambéry, 28 février 1862, S., 1863.II.7. Cf. également Req., 5 avril 1813, S., 4e vol., I, p. 319 ; Trib. civ. St. Jean-de-Maurienne, 24 juillet 1891, *Clunet*, 1892.1021 ; *contra* : Lyon, 25 mars 1820 (S., 6e vol., II.239) décide que l'article 1452 du Code civil est une loi interprétative ; cf. aussi Grenoble, 22 juillet 1830, S., 9e vol., II.473.

(2) Cf. P. Roubier, *Le Droit transitoire*, 2e éd., 1960, p. 15.

(3) Req., 7 mars 1870, S., 1872.I.361 ; cf. aussi, Trib. civ. Seine, 7 février 1882, *Clunet*, 1882.88 ; Trib. civ. Strasbourg, 15 octobre 1923, D., 1924.II.41, note M. Nast.

(4) Trib. civ. Seine, 7 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912.I.427 ; Trib. civ. Boulogne, 13 mai 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.II, somm. 66 ; Trib. civ. Lille, 29 février 1924, *Clunet*, 1925.148.

(5) F. Despagnet, *Précis*, p. 962, n° 334.

Mais Bartin disait : « La séparation n'est donc, au fond, qu'une conséquence, éventuelle et lointaine sans doute, mais directe du régime lui-même, et il paraît, dès lors, impossible de ne pas la faire dépendre, dans l'ordre du conflit des lois, de la loi qui gouverne le régime » (1). M. Batiffol voit dans la séparation des biens la liquidation du régime, pièce essentielle de son organisation, qui doit à ce titre dépendre de la loi du régime. Pour Lerebours-Pigeonnière, de même, elle est un élément de certains régimes matrimoniaux (2).

156. Incontestablement, la séparation judiciaire correspond à un ensemble de règles gouvernant les relations pécuniaires des époux. Elle peut être définie comme un nouveau régime substitué par un jugement au régime matrimonial antérieur (3). Cependant, en 1884, la Cour suprême a eu à connaître d'un cas démontrant qu'il est parfois difficile de soumettre invariablement la séparation de biens judiciaire à la loi du régime (4). Il s'agissait d'un conflit interpersonnel doublé d'un conflit de lois dans le temps. Néanmoins, la même situation pourrait aussi bien se produire dans un conflit de type classique. Un décret avait, en 1870, conféré aux Israélites d'Algérie la qualité de citoyens français. Le statut personnel des époux israélites cessait, dès lors, d'être soumis à la loi mosaïque pour être régi par le droit commun français. Mais, d'un autre côté, leur régime matrimonial restait, lui, soumis à la loi mosaïque. Il en résultait que ces époux ne pouvaient plus demander le divorce interdit à l'époque par le droit français. Or, d'après le droit mosaïque qui ignore la séparation de biens, le divorce était pour la femme le seul moyen d'obtenir le remboursement de la dot compromise par la mauvaise gestion du mari. « Attendu, décida la Cour de cassation, que, si le décret du 24 octobre 1870 qui a conféré, en Algérie, aux Israélites indigènes la qualité de citoyens français, a aboli pour eux le divorce, il est inadmissible qu'il ait en même temps enlevé à la femme israélite, devenue française, tout moyen d'obtenir le paiement de sa dot mise en péril par le désordre des affaires du mari ; attendu qu'en la soumettant à la loi française, il lui a par là même accordé, pour les cas prévus par cette loi, le bénéfice de la séparation de biens avec toutes ses conséquences ... ».

Mais la Cour suprême méconnaît le fait que, si la femme ne pouvait pas demander le divorce, elle pouvait du moins obtenir la séparation de corps : elle n'était donc pas dépourvue de moyens.

(1) E. Bartin, *Principes*, t. II, § 311, p. 286. Cf. aussi Aubry et Rau, 6e éd. par P. Esmein, t. VIII, § 516, p. 221 (dans la cinquième édition, Bartin se prononçait en sens inverse, il devait changer d'opinion plus tard dans ses Principes).

(2) H. Batiffol, *Traité*, n° 647, p. 705 ; P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, n° 459. Cf. aussi M. Nast, note sous Trib. civ. Strasbourg, 15 octobre 1923, D., 1924.II.41.

(3) H., L. et J. Mazeaud, *Leçons*, t. IV, n° 357, p. 329.

(4) Civ., 4 août 1884, S., 1887.I.23.

Il est vrai que la séparation de corps ne l'aurait protégée que dans la mesure où elle entraîne une séparation de biens. Il fallait donc dans ce cas encore admettre cette dernière et, à première vue, le problème n'eût pas été changé. Pourtant, n'y a-t-il pas une différence fondamentale entre la séparation de biens judiciaire principale et celle qui est l'accessoire de la séparation de corps ? M. Carbonnier le laisse pressentir, en n'exceptant de sa théorie que la seule séparation accessoire. Cette distinction ne se justifie-t-elle que par sa théorie ? Il faut rappeler d'abord qu'il existe une différence d'organisation entre les deux variétés de séparation judiciaire. Mais, surtout, l'une est bien un ensemble de règles gouvernant les relations pécuniaires de personnes liées par l'état de mariage ; l'autre s'attache à des personnes qui se trouvent dans une situation intermédiaire entre mariage et divorce. On affirme couramment que la séparation de corps ne dissout pas le mariage, mais relâche simplement le lien conjugal. En réalité, on peut parler d'un état nouveau qui ne correspond ni tout à fait au divorce, ni tout à fait au mariage. Or si la séparation de biens judiciaire principale est, au moment du mariage, un élément virtuel du régime des époux, il n'en va pas de même de la séparation de biens accessoire : celle-ci naît véritablement de la séparation de corps, comme un régime ordinaire naît du mariage. Il s'agit bien d'un régime, mais non pas véritablement matrimonial puisqu'il est celui des séparés de corps. On peut, dès lors, penser que ce n'est pas au moment du mariage qu'il faut se placer pour déterminer la loi qui lui est applicable, mais bien au moment de la séparation de corps. Plus exactement, le régime matrimonial doit être liquidé selon les règles de la loi du régime, comme si le mariage avait pris fin, mais une nouvelle loi dont la compétence doit être appréciée au moment de la séparation de corps, prendra en charge la séparation de biens accessoire. Cette loi sera pratiquement celle qui gouvernera la séparation de corps : sa compétence se justifie par l'idée non pas de la localisation des intérêts des époux, mais de la rencontre de ces intérêts. En effet, la séparation de corps a pour effet de scinder les intérêts des deux époux, en laissant cependant subsister des points de rencontre.

On ne peut guère concevoir une séparation de corps sans séparation parallèle des biens. Or il arrivera que la loi des effets personnels prévoie la séparation de corps, mais que celle-ci soit ignorée par la loi du régime. Faudra-t-il alors prononcer la séparation de corps, sans séparation de biens accessoire ? On peut penser que la loi du régime, même si elle ne connaît pas la séparation de corps, connaîtra au moins la séparation de biens judiciaire à titre principal. Ce n'est pourtant pas certain. Et même alors, les causes de la séparation de biens sont réglées par la loi du régime, or elles peuvent ne pas correspondre aux causes pour lesquelles sera prononcée la séparation de corps selon la loi des effets personnels du mariage. Dès lors, il paraît plus simple de dire que le régime matrimonial correspond à l'état normal de mariage et qu'il doit être liquidé

au moment où cet état prend fin, soit par dissolution complète, soit par simple relâchement des liens du mariage. Dans ce dernier cas, c'est à la loi de la séparation de corps de prévoir ce qui prendra la place du régime liquidé pour régler les relations pécuniaires que ce nouvel état va produire ou laisse subsister.

Mais la séparation de biens judiciaire à titre principal ne suppose pas une altération de l'état de mariage et obéit donc à la loi du régime. Dès lors, le cas particulier de la séparation de corps mis à part, on peut conclure que, selon le droit français, les époux seront toujours soumis à un régime matrimonial et que pour tous les régimes matrimoniaux la loi applicable est déterminée par la même règle de rattachement.

B. — Les effets pécuniaires du mariage putatif.

157. Il faut pourtant rapprocher du cas de la séparation de corps celui du mariage putatif. Il s'agit alors, non plus d'un relâchement des liens du mariage, mais bien d'un mariage fictif, imaginé pour pallier les conséquences du caractère rétroactif de la nullité. Selon le droit interne français, si les conditions de la putativité sont réunies, on procède comme si le mariage était non pas annulé, mais dissous. La liquidation des intérêts pécuniaires des prétendus époux se fait conformément aux règles du contrat de mariage ou, à défaut, de la communauté légale. L'on suit les règles du régime matrimonial, mais, comme le mariage lui-même, ce régime peut être qualifié de putatif puisque, par définition, un vrai régime matrimonial suppose un mariage véritable. Il semble donc que la loi du régime ne soit pas compétente pour déterminer les effets pécuniaires du mariage putatif, mais bien la loi qui gouverne la nullité du mariage et qui seule doit pouvoir apporter des atténuations au statut de la nullité (1).

Pourtant, la compétence de la loi de la nullité n'a pas toujours été reconnue, même pour décider du caractère putatif du mariage. On a proposé de soumettre le droit d'en invoquer le bénéfice à la loi des effets personnels du mariage (2). On a également songé à faire intervenir la notion d'ordre public pour appliquer la loi du for (3). Pour M. le Doyen Savatier, il s'agit d'une faveur personnelle faite à l'époux de bonne foi qui doit donc s'apprécier selon sa loi nationale (4).

(1) V. en ce sens : B. Goldman, note sous Paris, 15 février 1950, *Clunet*, 1951.190 ; A. Weill, note sous Civ., 6 mars 1956, *J.C.P.*, 1956.II.7549 ; H. Batiffol, *Traité*, n° 447.

(2) A. Pillet, *Traité*, t. I, p. 556 ; J.P. Niboyet, *Traité*, t. V, n° 1490, p. 334 et s. ; Trib. civ. Seine, 22 décembre 1948 (*Bazbaz*), *Revue*, 1949.100 ; Paris, 15 février 1950 (*Bazbaz*), *Revue*, 1950.420, note Y. Loussouarn.

(3) Une note signée G.H. interprète en ce sens la juriprudence ancienne. Cf. G.H., note sous Trib. civ. Seine, 22 décembre 1948, *Revue*, 1949.100.

(4) R. Savatier, note sous Paris 15 février 1950, *J.C.P.*, 1950.II.5578 ; cf. également R. Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, 1928, n° 344, p. 330.

Mais la Cour de cassation s'est prononcée, en 1956, en faveur de la loi de la nullité (1). Elle n'a pas résolu cependant la difficulté que peut faire naître l'existence simultanée de plusieurs causes de nullité dépendant de lois différentes (2). Si l'une seule de ces lois connaît l'institution du mariage putatif, on pourra appliquer cette loi (3). Mais si elle pose la condition de la bonne foi, celle-ci ne s'appréciera pas seulement au regard de la cause de nullité édictée par la loi dont la compétence a été retenue en ce qui concerne le mariage putatif, mais au regard de toutes les causes. Le problème se complique si plusieurs lois admettent le mariage putatif, mais en organisent différemment les effets. Dans ce dernier cas, M. Weill propose de retenir la compétence de la loi des effets du mariage et M. Batiffol se déclare pour la loi qui accorde les plus larges effets au mariage nul (4).

158. Dans la mesure où l'on retient la compétence de la loi de la nullité en matière de mariage putatif, elle n'est pas seulement compétente pour en déterminer l'existence et les conditions, mais aussi pour en fixer les effets. Néanmoins, une distinction s'impose : si, par exemple, le mariage est déclaré nul selon la loi française et que les époux sont de bonne foi, on leur accordera le bénéfice du mariage putatif conformément au droit français. Celui-ci en déterminera, en outre, les effets : l'article 201 du Code civil prévoit que le mariage nul produira dans ce cas les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants. Mais pour apprécier quels sont ces effets civils, il faudra bien se référer à la loi des effets personnels du mariage, ainsi qu'à la loi du régime (5). Autrement dit, il appartient à la loi de la nullité d'instituer le mariage putatif, d'en fixer les conditions, d'en déterminer les effets. Mais si cette loi déclare que les effets en sont ceux d'un mariage valable, il faut bien que les juges les apprécient en se référant aux lois qui auraient gouverné le mariage valable. Si la loi de la nullité et du mariage putatif décide que les intérêts pécuniaires des prétendus époux seront réglés conformément au régime matrimonial qui aurait dû être le leur, on se reportera à la loi qui l'aurait régi. Mais si cette dernière ignore le mariage putatif, celui-ci n'en existera pas moins (6),

(1) Civ., 6 mars 1956 (*Bazbaz*), *J.C.P.*, 1956.II.9549, note A. Weill ; *Revue*, 1956.305, note Ph. Francescakis ; D., 1958.709, note H. Batiffol ; cf. également Civ., 14 juin 1957, D., 1957.557 ; Trib. civ. Seine, 6 mars 1957 (*Lambrino*), *J.C.P.*, 1957.II.10212, note P. Bellet ; *Clunet*, 1957.744, note A. Ponsard ; Paris, 16 décembre 1959, *J.C.P.*, 1960.II.11460, concl. Combaldieu ; *Gaz. Pal.*, 1960.I.116 ; Civ., 8 janvier 1963, *Revue*, 1963.109, note G.H. ; D., 1963.341, note P. Malaurie ; *Gaz. Pal.*, 1963.I.266.

(2) Cf. sur ce point A. Weill, note précitée.

(3) *Contra* : A. Ponsard, *J. cl. dr. int.*, fasc. 546.C, n° 70.

(4) H. Batiffol, note précitée.

(5) Cf. Civ., 20 novembre 1958, *Bull.*, I, n° 505, p. 413.

(6) Niboyet n'était pourtant pas de cet avis. Cf. J.P. Niboyet, *Traité*, t. V, n° 1490, p. 335, note 3.

et on n'en réglera pas moins les intérêts pécuniaires selon le régime prévu par cette loi, car la loi du régime n'est pas compétente en tant que telle, mais en quelque sorte par délégation de la loi de la nullité. En bref, la loi de la nullité renvoie aux lois qui auraient régi les effets d'un mariage valable, pour préciser les effets du mariage putatif et non pas pour décider si ces effets s'attachent ou non au mariage putatif.

§ 2. — Institutions étrangères

A. — Droits anglo-saxons. Le problème du « trust ».

159. On peut se demander si certaines législations très différentes de la nôtre connaissent, elles, un régime matrimonial. L'on sait que le droit anglais ignore le concept de régime et ne connaît qu'un éparpillement de règles concernant les relations pécuniaires des époux (1). Cette particularité suscite, certes, un problème de qualification, mais il est admis que l'on qualifie selon la loi du for. Pour savoir si une règle du droit anglais s'intègre à la notion française de régime matrimonial, il suffira de se reporter à la définition de ce concept : la règle concerne-t-elle au premier chef les relations pécuniaires des époux ?

Pourtant, en droit français, la notion de statut ou d'ensemble est importante et l'on pourrait être tenté de dire que toute règle qui ne s'intègre pas dans un statut des relations pécuniaires doit être considérée comme étrangère au régime. Mais alors, il faudrait admettre que, du point de vue du droit international privé français, il n'y a pas de régime en droit anglais, puisque les règles anglaises ne répondent pas à la notion de statut. Il convient, à vrai dire, d'élargir la notion française de régime, d'adapter la catégorie de droit interne au droit international privé. On ne tiendra pas compte de l'intention du législateur étranger de faire, ou de ne pas faire, de la règle considérée un élément d'un ensemble. Mais si l'on admet que le régime matrimonial laisse place à l'intervention d'autres institutions qui pourront être régies par des lois différentes, n'est-ce pas précisément l'idée de statut qui permet de faire la part de ces institutions et celle du régime ? Pratiquement, selon quel critère pourra-t-on décider si un *trust* s'intègre ou non au régime matrimonial (2) ?

160. « Le *trust*, dit M. Lepaulle, est une institution Protée » (3). Il ajoute, en prenant soin de préciser que sa liste n'est pas exhaustive :

(1) M. Lefebure. in *Institut de Droit comparé, Le régime légal*, p. 37 ; cf. aussi *J. cl. dr. comparé*, Grande-Bretagne, fasc. 1, p. 21, n° 15.

(2) Sur les conflits de lois en matière de *trusts*, cf. A. Schnitzer, « Le *trust* et la fondation dans les conflits de lois », *Revue*, 1965.479.

(3) P. Lepaulle, « De la validité des *trusts* en France », *Revue*, 1927.309.

« L'Anglais ou l'Américain fait un *trust* là où un Français constitue un usufruit, demande la nomination d'un conseil judiciaire, fait une substitution, crée une société, institue une fondation, assigne un débiteur en faillite, lance des obligations sur le marché ou fait un contrat de mariage ». Cette institution, faut-il la considérer comme autonome, doit-il exister une loi du *trust* qui édicterait un principe de compétence valable pour tous les *trusts* quel que soit leur objet ? Ou doit-on, au contraire, selon le cas, intégrer le *trust* à l'institution correspondant à son objet ? Il vaut évidemment mieux considérer le *trust* comme un élément du contrat de mariage, lorsqu'il en fait fonction (1), sinon il pourrait servir à tourner les exigences de la loi du régime. Mais alors, on ne pourra se prononcer que d'après le contenu de chaque *trust* et celui-ci sera parfois très varié. L'intervention des *trustees* complique de toute façon l'institution d'un mandat.

En fait, la question de la loi applicable ne se pose pas très souvent. Le *trust* est utilisé par des Anglais en Angleterre ou par des Américains en Amérique qui, à l'évidence, se soumettent aux lois de leur pays. Mais le problème se présente parfois de l'application de ses règles à des biens situés en France. On a prétendu qu'il constituait une entrave au principe de la libre circulation des biens et qu'il heurtait notre conception de l'ordre public international (2). Mais une réponse générale ne peut pas être donnée. « Le contrat de *trust* est un contrat *sui generis*, dont on ne peut dire d'une façon absolue qu'il est ou n'est pas valable en France. La solution peut varier avec chaque espèce. Chaque *trust* doit être analysé et apprécié séparément. Ce qu'il faut rechercher, c'est si les effets qu'il est appelé à produire en France sont ou non contraires à l'ordre public national » (3). L'ordre public international n'est pas vraiment en cause, mais, selon son objet, le *trust* peut empiéter sur des domaines de compétence territoriale.

B. — Droits musulman et hébraïque. Le problème de la dot.

161. Si les Anglais ne connaissent pas vraiment un régime matrimonial, un esprit continental peut néanmoins rassembler les règles anglaises concernant les relations pécuniaires des époux et en concevoir l'ensemble comme un régime. « Parfois, dit M. Malaurie, les civilisations en cause sont si différentes que la qualification se fera, non pas d'après les structures formelles ou même conceptuelles,

(1) Cf. Req., 20 avril 1869, S., 1869.I.359 ; D., 1870.I.99 ; Trib. civ. Seine, 22 décembre 1926, *Clunet*, 1928.122 ; *Revue*, 1927.70, concl. Parigot.

(2) Trib. civ. Seine, 23 février 1927, *Revue*, 1927.263. Ce n'est pas vraiment l'entrave à la libre circulation des biens qui, en l'espèce, a paru heurter l'ordre public, mais l'absence de publicité à cette entrave. *Contra* : Trib. civ. Seine, 22 décembre 1926, *Clunet*, 1928.122.

(3) Parigot, conclusions ; Trib. civ. Seine, 22 décembre 1926, *Revue*, 1927.70.

mais selon leur sens fonctionnel» (1). Pour certaines législations, cependant, cette opération même sera beaucoup plus difficile et on peut douter de sa légitimité. Il s'agit essentiellement du droit musulman (2). On a parfois estimé en France que les effets pécuniaires ne devaient pas, du point de vue des conflits de lois, être distingués des effets personnels. Cette idée est en droit interne musulman une vérité première, adjointe à cette autre idée que le mariage ne produit pas de relations pécuniaires entre époux. Il en découle qu'il n'existe pas de régime matrimonial (3). On peut, bien entendu, supposer que l'absence complète de relations d'ordre patrimonial n'est qu'une vue théorique et que la situation réelle des époux est bien différente : la prétendue inexistence de régime reviendrait à une séparation de biens. Ce point de vue n'est pas admis unanimement (4). Mais même s'il n'est pas tout à fait exact, on peut s'en contenter pour qualifier les règles qui organisent l'indépendance des patrimoines des conjoints.

Une nouvelle complication survient du fait que, dans l'acte de mariage lui-même, le droit musulman permet d'insérer « toute clause ou condition relative aux personnes ou aux biens» (5). Le juge français pourra aller au-delà de la forme et considérer que, dans la mesure où il contient des clauses pécuniaires, l'acte de mariage tient lieu de conventions matrimoniales. La question, dès lors, ne concernera plus que le principe de la liberté de ces conventions.

162. Plus délicat est le problème posé par l'exigence de la stipulation d'une dot au profit de la femme dans le monde arabe. « Tout mariage suppose une dot, condition essentielle de sa validité» (6). A première vue, puisque l'on doit qualifier l'institution selon la loi du for, il ne peut faire de doute que la dot, du point de vue du droit français, est une pièce du régime matrimonial. Mais il n'en est ainsi que de la dot au sens strict du terme, celle que le Code civil, en son article 1540, définissait comme « le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage», avant que la loi du 13 juillet 1965 n'ait fait disparaître le régime dotal du droit français. On ne peut pas davantage assimiler le problème posé par la dot musulmane à celui posé par l'institution française de la dot entendue au sens large, c'est-à-dire de celle constituée à l'un ou à l'autre des époux par les parents ou par des étrangers.

On peut évidemment se retrancher derrière notre conception

(1) P. Malaurie, « L'équivalence en Droit international privé », D., 1962, chron. 215.

(2) On prend ici l'exemple du droit tunisien.

(3) R. Jambu-Merlin, *Le Droit privé en Tunisie*, 1960, p. 269 et s.

(4) Cf. G.H. Bousquet, *Précis de Droit musulman*, 3° éd., p. 123, n° 65.

(5) R. Jambu-Merlin, *Le Droit privé en Tunisie*, p. 255 et s.

(6) Cf. L. Milliot, *Introduction à l'Etude du Droit musulman*, 1953, n° 292, p. 301.

de l'ordre public international qui interdirait non pas l'exigence d'une dot, mais qu'elle puisse être une condition dont le non-accomplissement entraîne le cas échéant la nullité du mariage. Privé de ce caractère, la dot que le mari doit à la femme à l'occasion du mariage, pourrait s'intégrer dans la conception que nous nous faisons d'un régime matrimonial. Au demeurant, le non-paiement de la dot n'est pas toujours considéré comme une cause de nullité du mariage. Selon certaines lois et selon certaines coutumes, la femme peut simplement exiger l'exécution de cette obligation. De même, si aucune dot n'a été stipulée au moment du mariage, le mari en devra une d'un montant fixé par l'usage (1). Dans la mesure où il en est ainsi, la dot ne doit-elle pas s'analyser comme un effet pécuniaire plutôt que comme une condition de fond du mariage ?

Des décisions émanant de juridictions françaises ont estimé que le mari devait avoir payé la dot, à peine de nullité du mariage (2). Ces espèces concernaient en 1927 et en 1931 des indigènes musulmans d'Algérie. Or, ainsi que le rappelait en la circonstance M. le Substitut Pomonti, « les indigènes continuaient à être régis par leurs lois et coutumes, et celles-ci s'appliquaient alors même qu'elles étaient contraires à l'ordre public métropolitain, qu'elles blessaient nos idées ou nos croyances, qu'elles contenaient des dispositions qui allaient à l'encontre des principes les plus absolus de notre droit pénal ».

Hors ces hypothèses où elle était d'office exclue, l'intervention de l'ordre public se justifierait surtout dans la mesure où la dot est analysée comme le prix du mariage considéré lui-même comme une vente (3). M. Milliot fait le point de cette question controversée et il réfute l'analyse (4). En fait, la dot a certainement une signification complexe. C'est finalement l'utilisation spéculative de la dot qui choquera notre ordre public. Dès lors, il faudra considérer chaque espèce en particulier. Le refus de prononcer la nullité du mariage pour non-paiement ne suffira pas toujours à moraliser l'institution. Ce problème se pose d'ailleurs surtout en Afrique Noire : la dot y est due non pas à la mariée elle-même, mais à sa famille (5) ; le mariage y revêt parfois le caractère d'un marché entre le père et son futur gendre et l'on a même vu un

(1) Cf. L. Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, n° 292, p. 301.

(2) Amiens, 24 mars 1927, *Clunet*, 1928.738 ; *Gaz. Pal.*, 1927.II.187 ; Trib. civ. Seine, 9 mai 1931, *Revue*, 1932.134, concl. Pomonti ; cf. *Répertoire* V° Mariage, n°s 229 et s.

(3) En ce sens, Larcher, *Traité élémentaire de législation algérienne*, 3e éd., t. II, n° 606. Et de façon plus nuancée, G.H. Bousquet, *Précis de droit musulman*, p. 106, n° 83.

(4) L. Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, p. 274 et s., n°s 257 et s.

(5) Sur ce point, H. Solus, *Rev. jur. et polit. de l'Un. Franç.* 1950.453 et I. Van der Wiele, *Rev. jur. et polit. d'Outre-Mer*, 1963.429, spécialement p. 498.

Camerounais mettre sa fille aux enchères (1). Mais ce n'est pas alors le régime matrimonial qui est en cause. C'est en tout cas un risque qui n'existe pas en principe dans les pays musulmans, car en droit musulman la dot est due exclusivement à la femme elle-même.

L'ordre public français ne peut donc tolérer la dot que dans ses effets pécuniaires : il ne lui reconnaîtra aucune influence sur la validité du mariage, sur la qualité de la filiation et n'acceptera pas que la dot soit due aux parents et non à la femme (2). Si l'on préfère, la dot de nature complexe n'est compatible avec notre conception de l'ordre public international que dans la mesure où elle revêt l'aspect d'un effet pécuniaire du mariage. La loi du régime est, dès lors, compétente. Il ne pourrait en être autrement que si la dot revêtait un caractère purement symbolique. Il s'agirait alors d'une condition de forme du mariage, comparable à la remise du *kiddouchim* ou cadeau nuptial en droit hébraïque (3). Mais ce n'est pas le cas. En effet, la dot tant musulmane que négro-africaine doit être sérieuse et, d'autre part, n'est pas nécessairement, du moins en sa totalité, versée avant le mariage, ni au moment même de la célébration (4).

163. Si, en droit hébraïque, le *kiddouchim* ne suscite pas de problème, du moins du point de vue de la loi du régime dont la compétence n'est pas à envisager, il n'en va pas de même de la *ketouba* qui est à la fois l'acte et le contrat de mariage (5). Le problème est alors identique à celui que pose l'acte de mariage musulman lorsqu'il comporte des clauses d'ordre pécuniaire. Il peut se résoudre de la même façon, en faisant la part du patrimonial et de l'extrapatrimonial (6). Il a, certes, été soutenu que la confusion en un même acte de l'acte et du contrat de mariage heurtait l'ordre public international français : la Cour de cassation a, à juste titre, rejeté cette assertion : « La possibilité de comprendre en un même document l'acte de mariage et les dispositions relatives au statut matrimonial des époux ne sont pas contraires à l'ordre public français au point d'exiger la substitution de la loi française à la loi locale normalement compétente » (7). C'est une question de forme pour laquelle la loi de la forme est compétente.

Mais si le caractère personnel de certaines stipulations ne peut prêter à discussion lorsque, par exemple, le mari s'engage à ne pas prendre une seconde épouse sans le consentement de la première,

(1) H. Solus, *Rev. jur. et polit. de l'Un. Franç.*, 1950.453.
(2) Cf. Zoegger, « Aspects du problème de la dot dans le Sud-Cameroun », *Rev. jur. et polit. de l'Un. Franç.*, 1958.170.
(3) A. Zagouri, *Du mariage en droit hébraïque*, 1960, p. 39. et s.
(4) L. Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, n° 298, p. 304.
(5) A. Zagouri, précité, p. 51 et s.
(6) Cour d'appel mixte d'Alexandrie, 26 janvier 1932, *Clunet*, 1932.803.
(7) Civ., 15 juillet 1963, *Bull.*, I, n° 392, p. 335 ; cf. également Paris, 15 mai 1959, *Clunet*, 1960.478.

ou à ne pas changer le domicile conjugal sans le consentement de sa femme, si, d'autre part, le caractère pécuniaire d'autres éléments constitutifs de la *ketouba* ne saurait davantage provoquer le doute, comme, par exemple, celui de la *nedounya* ou apport de la femme (1), il est beaucoup plus difficile de déterminer la nature exacte du *mohar*. Cette dernière institution correspond à la dot musulmane ou négro-africaine, sauf qu'elle est devenue purement symbolique et que sa valeur pécuniaire est aujourd'hui dérisoire. « Le *mohar* n'est maintenu dans la *ketouba* que parce qu'il a un caractère essentiellement religieux » (2). Dès lors, on ne peut le considérer que comme une formalité substantielle. Mais la loi rabbinique autorise le mari à élever le taux du mohar par un augment ou *tosephet* inscrit dans la *ketouba*. Cet augment a, incontestablement, un caractère pécuniaire. Mais s'agit-il alors d'une pièce du régime matrimonial ou d'une donation faite par le mari à la femme ? Cette question pose le problème de savoir si les donations entre époux suivent la loi du régime (3).

Partant de l'idée qu'il s'établit nécessairement des relations pécuniaires entre époux, le droit international privé français doit isoler dans toutes les législations étrangères un régime matrimonial, même dans celles qui ne distinguent pas les règles concernant les effets patrimoniaux de l'ensemble du droit du mariage. L'opération qui consiste à faire cadrer des institutions étrangères avec un concept français n'est pas totalement dénuée d'artifice. Néanmoins, si l'on ne procédait pas ainsi et que, pour se conformer à l'esprit du droit étranger, on imposait, par exemple, des règles concernant les relations pécuniaires des époux au titre de la loi des conditions de fond du mariage, il pourrait arriver que deux séries de règles, l'une résultant de cette dernière loi et l'autre de la loi du régime, s'imposent concurremment aux époux et se contredisent. Au mieux, il en résulterait un déséquilibre certain du statut pécuniaire des époux.

SECTION II

LE PRINCIPE DE L'INDIVISIBILITÉ DU RÉGIME

164. Si l'on définit le régime matrimonial comme l'ensemble des règles qui régissent les relations pécuniaires et du moment que les époux sont nécessairement soumis à un régime, il en résulte

(1) Cf. cependant Alger, 12 mai 1926, *Clunet*, 1928.163. « Cet acte ne constitue pas un contrat de mariage puiqu'il ne contient aucune stipulation relative aux biens de l'époux et aux biens de l'épouse, autres que son apport et la donation qui lui est faite ».

(2) A. Zagouri, *Du mariage en droit hébraïque*, p. 53.

(3) Sur ce problème, cf. *infra*, nos 258 et s.

qu'ils ne peuvent être soumis qu'à un régime à la fois. En effet, s'il n'en était pas ainsi, aucun des différents régimes auxquels seraient soumis les époux ne pourrait être défini comme l'ensemble des règles régissant les relations pécuniaires des époux. La nature même du régime matrimonial implique son indivisibilité. C'est dans la mesure où les Anglo-Saxons n'ont pas véritablement adopté la notion de régime que le principe de l'indivisibilité leur reste étranger. L'ancien droit français ne connaissait pas non plus cette notion de régime matrimonial. Ainsi, l'historien du droit Lefebvre, traitant de la communauté conjugale au XIII^e siècle, se fonde essentiellement sur Beaumanoir qui, selon lui, est le seul des jurisconsultes de l'époque, à avoir su dominer les institutions coutumières naissantes. Or, doit-il reconnaître, même Beaumanoir « n'a sur la *compagnie* entre époux que des fragments disséminés à travers tout son livre » (1).

L'idée de contrat tacite, introduite par Dumoulin, n'a, elle-même, pas suffi à faire naître la notion de régime, car il fut, certes, admis que la loi aurait un effet extraterritorial, mais on n'en conçut pas pour autant l'existence d'un statut comprenant toutes les règles concernant les relations pécuniaires des conjoints. On continua à ne connaître qu'une multiplicité de statuts. La communauté conjugale qui devait devenir le noyau autour duquel s'est construite la notion de régime, n'était pas même conçue comme un statut unique : c'est ainsi que Bouhier parle « des statuts concernant la communauté conjugale » (2). Il ne considère pas que l'ensemble de ces statuts forme un contrat tacite, mais il examine successivement si chacun d'eux en est un. Il évoque ainsi tour à tour la coutume qui établit la communauté, celles qui permettent la renonciation, celles qui privent du douaire la femme renonçante, l'action de remploi... La théorie de l'autonomie aurait donc pu avoir pour conséquence la soumission des diverses institutions à des lois différentes, selon les options des époux. Mais l'on sait que Dumoulin n'avait pas déduit de la théorie du contrat tacite qu'il fallait sonder la volonté des époux pour connaître la loi à laquelle ils avaient entendu se soumettre. Il avait décidé que chaque convention implicite formerait un statut personnel et serait, autrement dit, soumise à la loi du domicile matrimonial. C'est ainsi qu'en pratique, sinon en théorie, allait peu à peu se dégager la notion de régime.

165. Certaines expressions, en vigueur encore aujourd'hui, témoignent que les règles relatives aux relations pécuniaires des époux n'ont pas toujours formé un ensemble indissociable. Ainsi, si l'on dit : le contrat de mariage (au singulier), l'on parle des conventions matrimoniales (au pluriel). Pourtant, il est bien établi aujour-

(1) Ch. LEFEBVRE, Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français. *Le droit des gens mariés*, 1908, p. 235.
(2) J. BOUHIER, chapitre 26, § 3.

d'hui que le régime constitue un tout indivisible. En droit interne, l'indivisibilité ne pose pas de problème ; on peut le concevoir comme un principe dominant la matière ou comme une simple conséquence de son organisation. En droit international privé, le principe est lié à l'abandon du système de la réalité. Toute difficulté semble exclue, dès lors que la règle de rattachement ne désigne qu'une loi applicable. Niboyet envisageait une hypothèse dont il avouait qu'elle ne s'était pas présentée, à sa connaissance : celle où, dans un pays ignorant le principe de l'indivisibilité, des époux se soumettraient par contrat à des régimes variés. « Nous déciderons, écrivait-il, que notre ordre public s'opposerait à la prolifération des régimes selon les pays » (1). Cette réponse, il la justifiait en affirmant que l'universalisme est de l'essence même du régime. Une question délicate et plus pratique se pose lorsque notre règle de conflit donne compétence à la législation d'un Etat fédéral. Celui-ci, pour résoudre les conflits entre les lois des Etats fédérés, peut avoir adopté le système de la réalité. Faut-il admettre que notre règle de conflit donne directement compétence à la loi de l'Etat fédéré ou qu'elle attribue compétence à la loi de l'Etat fédéral qui la répartit entre les Etats fédérés selon ses règles propres ? Le deuxième cas impliquerait que l'Etat fédéral ait prévu des règles de conflit (2). En supposant cette condition remplie, que deviendrait le principe de l'indivisibilité du régime ?

La question risque d'être encore compliquée d'un problème de renvoi, si les époux sont propriétaires d'un immeuble hors de l'Etat à système juridique complexe.

166. Selon la loi d'autonomie, les juges doivent déterminer quel régime les époux ont entendu adopter. La règle de conflit elle-même suppose qu'ils n'ont pu vouloir se soumettre qu'à un seul régime. La loi qui le gouverne est censée représenter la volonté inexprimée des époux. Cette volonté ne doit pas s'arrêter aux frontières de l'Etat fédéral (3). Par exemple, on devrait dire que les époux ont entendu se soumettre à la séparation de biens telle qu'elle est organisée par la loi de l'Etat new-yorkais et non pas qu'ils ont voulu se soumettre à la loi de l'Etat fédéral américain qui devait donner elle-même compétence à la législation de tel Etat fédéré (4). Au fond, la loi d'autonomie nie en quelque sorte

(1) J.-P. Niboyet, t. V, p. 415, n° 1509.

(2) Ce n'est pas le cas des Etats-Unis (cf. P. Bonassies, « Structure fédérale et conflits internes de lois. L'exemple des Etats-Unis d'Amérique », *Revue*, 1953. 289), ni même de la Grande-Bretagne (cf. A. S. Anton, « Les conflits de lois et de juridictions entre l'Angleterre et l'Ecosse », *Revue*, 1956.191).

(3) Cf. P. Mazas, « De la combinaison entre la théorie du renvoi et celle de l'autonomie à propos du régime matrimonial des époux mariés sans contrat », *Clunet*, 1907.603 : « Le juge ne reconnaissant d'autre guide que la volonté des époux, il ne peut s'agir que de savoir ce que les époux ont voulu ».

(4) Trib. civ. Millau, 18 juillet 1903, *Clunet*, 1905.377 ; Trib. civ. Orléans, 27 février 1951, *Revue*, 1954.358. Cpr. : Douai, 2 février 1899, *Clunet*, 1899.825 ;

l'existence du conflit de lois, elle n'est donc pas arrêtée par le problème de l'interférence d'un conflit interrégional et d'un conflit international. La nature même de la règle d'autonomie implique qu'elle désigne la loi régionale applicable sans tenir compte des règles de conflit interrégional telles que pourrait les prévoir « l'ordre juridique plurilégislatif » (1).

Or c'est un problème qui se pose d'une façon beaucoup plus générale en matière de conflits de lois. Lorsque notre règle de conflit désigne comme compétente la loi d'un pays à législation non unifiée, désigne-t-elle directement la règle de fond applicable ou en laisse-t-elle le soin au droit du pays dont la législation est compétente ? La plupart des auteurs français, quand ils se préoccupent du problème, estiment que la règle de conflit du for saisit alors les règles de rattachement de la *lex causae* (2). En effet, ces dernières sont considérées comme des principes de droit interne dans la mesure où elles servent à régler les conflits entre les diverses dispositions en vigueur dans les parties du système juridique complexe (3). « La règle de conflit du for ne résoud que le conflit international, elle n'a pas une vocation directe à résoudre le conflit interne » (4). La loi d'autonomie présenterait donc une originalité manifeste par rapport aux règles ordinaires de conflits.

167. Mais, du moment que la volonté est fictive et qu'elle est déterminée à l'aide d'indices plus révélateurs des liens unissant les époux à un pays donné que du prétendu choix d'un régime, rien ne justifie cette originalité et, en fait, la loi d'autonomie tend à s'aligner sur les règles ordinaires de conflit. C'est ainsi, par exemple, qu'un jugement du Tribunal de la Seine constate que la mutuelle intention d'époux américains a été de rester, en ce qui concerne leur régime matrimonial, soumis à leur statut personnel, que le droit américain s'applique donc et « attendu qu'il appert des textes officiels et certificats de coutumes dûment légalisés produits en la cause que le

Paris, 25 novembre 1891, S., 1896.II.273, note A. Pillet. Ces deux décisions paraissent ignorer le caractère complexe du système juridique de la Grande-Bretagne.

(1) L'expression est de R. De Nova, « Les systèmes juridiques complexes en Droit international privé », *Revue*, 1955.1.

(2) Cf. J. Maury et J. Derruppe, *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 532-B, nos 137 et s. ; J. Maury, « Règles générales des conflits de lois », *Recueil*, no 57, 1936.III, p. 325. *Contra* : P. Arminjon, *Précis*, t. I, p. 172 et s. ; nos 78 et s. ; « Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois et de juridictions auxquelles ils donnent lieu », *Recueil*, no 74, 1949.I.79.

(3) Trib. Florence, 23 janvier 1918, *Clunet*, 1919.821 ; Req., 7 novembre 1933, *Revue*, 1934.440, note J.-P. Niboyet ; Trib. civ. Seine, 16 mai 1960, *Revue*, 1961.554, note H. Batiffol.

(4) J. Maury et J. Derruppe, *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 532-B, no 140. Il y faut la condition, disent les auteurs que l'« ordre juridique prévoie effectivement des règles de conflit ». Or le plus souvent elle n'est pas remplie. Mais, pour les Etats-Unis par exemple, le fait que la plupart des conflits les différents Etats appliquent les mêmes règles permet d'escamoter le problème.

statut des citoyens américains est déterminé par leur domicile légal, qu'il importe dès lors de fixer le véritable domicile de Smith Homans à l'époque du mariage » (1).

Il est intéressant de noter que pour déterminer l'Etat de l'Union américaine à la législation particulière duquel les époux sont soumis, le tribunal se réfère à la règle de conflit américaine concernant le statut personnel et ne se préoccupe pas de rechercher s'il existe une règle particulière de rattachement du régime matrimonial ou du statut des biens. « Les parties, dit-il, sont d'accord pour reconnaître que la jouissance des droits civils est attachée au statut personnel ». On peut comprendre la décision ainsi : les époux ont voulu se soumettre à la loi de leur statut personnel, la loi américaine en l'occurrence. Les juges ont fait application de deux règles françaises : la règle d'autonomie d'une part, et, d'autre part, la règle selon laquelle le statut personnel est soumis à la loi nationale. Cette seconde règle n'est entrée en jeu qu'en raison du choix des époux, elle a eu seulement pour rôle de préciser la volonté des époux. On peut en conclure que la règle d'autonomie n'a pas arrêté son action à la frontière des Etats-Unis, et qu'elle a continué à agir pour résoudre le conflit interrégional. C'est elle qui a désigné la compétence de la loi du statut personnel. Or c'est cette loi qu'on s'est efforcé de déterminer pour résoudre le conflit intérieur. C'est seulement pour la préciser qu'on a fait appel à la règle de rattachement américaine. La loi d'autonomie permet d'expliquer la solution de bout en bout : ces Américains ont voulu se soumettre à leur statut personnel tel qu'il est déterminé par leur propre loi (2).

Ce système permet d'échapper au territorialisme américain et à l'éventuel démembrement du régime matrimonial, tout en faisant leur part aux règles de conflit de l'Etat à législation non unifiée. Cependant, il n'est pas possible de le généraliser. Il fonctionne seulement si l'on estime que les époux ont voulu se soumettre à leur statut personnel.

Un jugement du Tribunal de la Seine propose un autre système de compromis. Du moins, un tel système peut être inféré de la décision (3). La règle de conflit française désigne directement la loi applicable à l'intérieur du système juridique complexe, en l'occurrence la loi anglaise (4). Celle-ci prévoierait comme régime légal la séparation de biens, sauf pour les époux qui ne seraient pas domiciliés en Angleterre. Dans ce dernier cas, la loi anglaise soumettrait les

(1) Trib. civ. Seine, 8 janvier 1891, *Clunet*, 1891.962 ; cf. aussi Paris, 30 décembre 1891, *Clunet*, 1892.471.

(2) Pour un cas de conflit international compliqué d'un conflit interpersonnel : Trib. civ. Marseille, 12 juillet 1907, *Clunet*, 1908.831. Mais cette décision soumet d'office les époux au statut de leur nationalité et ne fait pas intervenir la loi d'autonomie.

(3) Trib. civ. Seine, 22 mai 1890, *Clunet*, 1892.471 ; S., 1896.II.273.

(4) Cela est d'ailleurs nécessaire lorsque les règles de conflit ne sont pas données par la loi fédérale, mais par les lois particulières des Etats, comme c'est généralement le cas.

époux au régime organisé par la loi de leur domicile. Dans l'espèce, les époux s'étaient soumis à la loi anglaise. Il était soutenu que leur domicile était fixé en France. Le Tribunal pour éviter le renvoi à la loi française qu'il accepte en principe, déclare que leur domicile était en réalité fixé en Angleterre. La Cour de Paris confirma ce jugement, mais sans plus envisager la possibilité d'un renvoi opéré par la règle anglaise à la loi du domicile (1). Il semble bien d'ailleurs que le Tribunal de la Seine n'ait pas distingué entre Grande-Bretagne et Angleterre et qu'il n'ait pas pris garde au caractère complexe du système juridique britannique.

168. Avec le système de la localisation des intérêts, le problème change de nature : il n'est plus possible de dire que les époux ont voulu se soumettre à un régime donné. Mais doit-on affirmer que les époux ont fixé le centre de leurs intérêts dans tel Etat particulier à l'intérieur de l'Etat à système juridique complexe ou plutôt de façon moins précise dans ce dernier ? Selon ce qu'on décidera, la règle française tranchera entièrement le conflit ou bien donnera à la frontière le relais à la règle de l'Etat à système juridique complexe. Mais on peut envisager d'autres incidences de ce problème. L'hypothèse est certes un peu théorique, surtout dans la mesure où l'on prétend la chiffrer mathématiquement. Néanmoins, il ne s'agit que d'un exemple un peu schématisé de situations plausibles : les intérêts des époux se répartissent dans la proportion de 40 pour 100 en France et 60 pour 100 aux Etats-Unis. Mais les intérêts fixés en Amérique sont répartis à travers la Fédération de sorte que la concentration la plus élevée, dans l'Etat de New York est inférieure à 40 pour 100. Si la règle de conflit française s'arrête à la frontière des Etats-Unis, on dira que le centre des intérêts était fixé dans la Fédération américaine. Si, au contraire, la règle de rattachement française ne s'arrête pas à cette frontière, on en concluera que le centre des intérêts était fixé en France.

En pratique, les intérêts ne sont jamais aussi fragmentés si, du moins, on ne les confond pas avec la situation des biens. L'on sait que le domicile tient la place la plus importante dans la détermination du centre. On ne peut envisager de ce point de vue que deux hypothèses, soit que le centre des intérêts corresponde au domicile, soit que, par exception, il n'y corresponde pas. Si l'on reprend l'exemple de la répartition des intérêts entre la France et les Etats-Unis et que l'on admet que, selon la règle française, le centre des intérêts était fixé aux Etats-Unis considérés dans leur ensemble, l'on pourra imaginer deux cas suivant que le domicile est ou non établi en Amérique. Dans le premier cas, la règle américaine (2)

(1) Paris, 25 novembre 1891, *Clunet*, 1892.471 ; S., 1896.II.273.

(2) Il s'agit en réalité non pas d'une règle fédérale, mais d'une règle reçue par les différents Etats fédérés.

prenant le relais donnera compétence à la loi de l'Etat où est fixé le domicile, du moins pour les biens meubles. Dans le deuxième cas, la règle américaine renverra la compétence à la loi du domicile, par hypothèse la loi française, puisque les intérêts étaient répartis entre la France et les Etats-Unis et que le domcicile représente nécessairement une part de ces intérêts. Dès lors, en tenant compte de l'importance du domicile dans l'appréciation du centre des intérêts, que la règle de conflit française se contente de désigner le système juridique complexe ou qu'elle prétende régler l'intégralité du conflit, la solution sera pratiquement la même, si, du moins, l'on admet que la règle américaine puisse désigner non seulement la compétence d'une loi américaine, mais encore celle de la loi d'un autre Etat.

169. Le seul vrai problème spécifique du régime matrimonial dans le cadre d'un conflit au sein d'un système à législation non unifiée se greffant sur un conflit international est celui posé par le principe de l'indivisibilité. Il ne se présente que si le système juridique complexe est organisé selon le principe de la réalité.

D'autre part, ce problème est théoriquement éliminé si l'on décide que la règle de conflit française tranche intégralement le conflit : elle désigne alors une seule loi compétente pour gouverner le régime (1). Le Tribunal de Millau a déclaré ainsi « qu'on ne peut scinder le régime matrimonial auquel sont soumis les deux époux et régler leurs conventions d'après les lois des deux Etats ; qu'il est établi d'une manière non équivoque qu'Hilarion Balsan a entendu se soumettre entièrement au régime de la séparation de biens avec toutes ses conséquences ». La Cour de Montpellier confirma le jugement : « attendu que le sort des biens ayant appartenu à Hilarion Balsan dépend uniquement du régime sous lequel les époux Balsan se sont mariés ... ». Et la Cour suprême rejeta le pourvoi formé contre la décision (2). Mais elle usait de termes qui ont pu être interprétés comme une admission tacite du renvoi, car elle déclarait que si la loi française n'était pas compétente, c'est que la loi américaine n'y renvoyait pas : « en proscrivant une telle théorie, la Cour de Montpellier a implicitement mais nécessairement déclaré qu'elle ne considérait pas la loi américaine comme permettant à une femme mariée sous le régime matrimonial en Amérique de revendiquer en France le bénéfice d'un autre régime ». Ce disant, la Cour de cassation déformait manifestement la pensée de la Cour de Montpellier (3). Plus tard, certaines décisions s'engageront, avec une meilleure connaissance des règles américaines, dans la voie ouverte par la Cour suprême. Elles ne font plus appel à l'idée d'autonomie de la volonté pour éviter la scission du régime et elles en sont d'autant plus inté-

(1) Trib. civ. Millau, 18 juillet 1903, *Revue*, 1906.201 ; *Clunet*, 1905.377.
(2) Montpellier, 25 avril 1904 ; Civ., 18 juillet 1905, *Clunet*, 1906.445 ; *Revue*, 1906.201.
(3) Cf. Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, 1958, n° 247.

ressantes, car le raisonnement sur lequel elles s'appuient reste valable avec la règle de centre des intérêts.

170. Ainsi, un jugement du Tribunal de la Seine se contente d'opposer à la scission du régime le principe de l'indivisibilité lui même, sans chercher à préserver cette indivisibilité par des moyens détournés (1). S'il n'use pas expressément des termes d'ordre public, il fait cependant application de la notion : « attendu que le régime est incommutable et indivisible, quel que soit le lieu où les époux transportent leur domicile et la situation des biens ; que les époux Hiss, mariés en Amérique sous le régime de la séparation de biens n'ont pu voir leurs conventions matrimoniales se transformer, ainsi que semble l'admettre le certificat de coutumes, en un régime de communauté légale, en ce qui concerne tout au moins les biens situés en France, par le seul fait qu'ils sont venus habiter en France (2). La même année, un jugement du Tribunal de Versailles, conforme aux conclusions de M. le Substitut Brachet, dans la célèbre *affaire Gould*, déclare : « attendu, enfin, que, si on suivait le système soutenu par la demanderesse, on ferait échec aux principes d'ordre public de l'indivisibilité et de l'immutabilité du régime matrimonial » (3). Si l'on n'applique pas la règle de conflit de l'ordre juridique complexe, ce n'est donc plus parce que la loi d'autonomie impose de ne pas en tenir compte puisqu'elle est censée désigner directement le régime auquel les époux sont soumis, c'est à cause du principe de l'indivisibilité qui doit être considéré comme d'ordre public. Une décision du Tribunal de Meaux est encore plus nette à ce sujet : « Leur permettre en vertu des dispositions du droit externe américain sur le renvoi ... de se soumettre à la *lex rei sitae*, serait porter atteinte à une loi française incontestablement d'ordre public qui consacre le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales pendant le cours du mariage » (4).

Plus récemment, pourtant, le Tribunal d'Orléans a accepté le renvoi partiel fait à la loi de la situation par la règle de rattachement américaine : « attendu qu'il est donc constant que les époux étaient mariés sous le régime matrimonial légal de l'Etat de New York ; attendu qu'il résulte du certificat de coutume délivré le 18 octobre 1948 par Richard Ammermann, membre du barreau de l'Etat de Virginie, que, selon la loi de l'Etat de New York, les biens immobiliers situés hors de cet Etat sont régis par la loi de la situation de l'immeuble ; attendu qu'en ce qui concerne le domaine de Villefallier, c'est donc le régime légal du droit civil français qui doit

(1) Trib. civ. Seine, 17 janvier 1924, *Revue*, 1925.226.

(2) Tous les cas jurisprudentiels concernent l'éventualité d'un renvoi partiel à la loi française.

(3) Trib. civ. Versailles, 15 mai 1924 (*Gould*), *Revue*, 1925.240, conclusions Brachet.

(4) Trib. civ. Meaux, 4 mai 1928, *Clunet*, 1928.1223.

recevoir application» (1). Le Tribunal estime qu'il serait sans intérêt de rechercher si les dispositions de la loi de l'Etat de New York sont contraires à l'ordre public français, puisque si l'on appliquait cette loi. l'on devrait encore appliquer le régime légal français. Et l'on peut, en effet, s'étonner à première vue que les décisions du Tribunal de la Seine et du Tribunal de Versailles aient pu aboutir à écarter au nom de l'ordre public l'application de la loi française au profit de la loi étrangère, alors que l'effet normal de l'ordre public est d'écarter l'application de la loi étrangère au profit de celle du for. Mais cette dernière n'est évincée dans les espèces citées que par voie de conséquence. Ce n'est pas, bien entendu, la loi française qui heurte l'ordre public, c'est la règle de conflit américaine, en tant qu'elle méconnaît le principe de l'indivisibilité. Et c'est bien la règle de rattachement française qui se substitue à la règle américaine, en ce sens qu'au lieu de se voir relayer par la règle américaine, elle donne la solution définitive du conflit (2). La question est donc en définitive de savoir si le principe de l'indivisibilité doit être considéré comme d'ordre public et dans quelle mesure.

171. Les jugements du Tribunal de la Seine et du Tribunal de Versailles ont confondu ou du moins lié le principe de l'indivisibilité avec celui de l'immutabilité. A ce titre, il faut remarquer que la jurisprudence dominante ne considérait pas même avant la loi du 13 juillet 1965 que notre conception de l'ordre public impose l'immutabilité du régime matrimonial (3). On pourrait, dès lors, en tirer la conséquence qu'il doit en aller de même pour l'indivisibilité. Mais quelle loi indiquera alors si le régime est indivisible ou non ? Pour l'immutabilité, l'on hésite, mais la jurisprudence et la doctrine dominantes se rallient à la loi du régime. Ainsi se justifierait la décision du Tribunal d'Orléans. Pourtant, du moment qu'on admet la scission du régime, plusieurs lois sont en cause. La loi américaine n'était pas la seule loi du régime. La loi française l'était aussi. Or si la première admet la division du régime, la seconde s'y oppose. Même si l'on ne veut pas faire intervenir l'ordre public international, peut-on admettre la division du régime légal français ? Le droit interne qu'on prétend compétent s'y oppose. Mais, dès lors que l'on décide de la compétence de la loi française, il faut appliquer ses prescriptions. On dira peut-être que la loi française n'est pas alors compétente en tant que loi française, mais parce qu'elle est prise à son compte par le droit américain : celui-ci ferait siennes certaines règles de droit français. Il n'en reste pas moins que, même adoptées par le droit américain, ces règles restent françaises et le juge français ne peut en faire qu'une application conforme au droit français.

(1) Trib. civ. Orléans, 27 février 1951, *Revue*, 1954.358, note H. Batiffol.

(2) Pour un semblable effet de l'ordre public en un domaine tout différent, cf. Trib. civ. Sarreguemines, 30 octobre 1957, *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 532-A, n° 157.

(3) Cf. *infra*, n° 173. D'ailleurs la loi du 13 juillet 1965 a, en droit interne, remplacé ce principe par un principe de mutabilité limitée.

On en arrive donc à la distinction suivante : lorsque la règle de conflit française désigne un système imposant la division du régime, celle-ci ne sera acceptée que dans la mesure où les lois rendues compétentes l'admettent. Les espèces jurisprudentielles concernent des cas où les règles américaines renvoient partiellement à la loi française. Le régime français n'étant pas divisible, le renvoi doit être refusé, non pas par intervention de l'ordre public international, mais au nom des principes mêmes du droit français qu'on veut rendre compétent. Si le renvoi partiel est fait à un système qui lui-même tolère la scission du régime, on doit le ratifier : ainsi dans l'hypothèse où les lois de différents Etats au sein de l'Union américaine se partagent la compétence, ou encore si le système américain renvoie partiellement au système britannique. En fait, la dislocation du régime ne se produirait alors guère qu'entre les pays anglo-saxons. Les inconvénients de la rupture de l'unité et donc de l'équilibre du régime seraient réduits, puisque les différentes lois qui pourraient se partager la compétence prévoient presque toutes une séparation de biens. L'avantage, c'est qu'on respecterait mieux l'esprit de ces législations et qu'en même temps les résultats seraient plus conformes à la prévisibilité des époux.

SECTION III

LE PRINCIPE DE L'IMMUTABILITÉ OU DE LA MUTABILITÉ RELATIVE AU RÉGIME (1)

172. La question de l'immutabilité est beaucoup plus souvent étudiée. Et pourtant, à première vue, elle n'est qu'un autre aspect de l'indivisibilité. Mais, contrairement à la scission dans l'espace, le changement dans le temps ne heurte pas vraiment notre conception du régime matrimonial. Que l'on accepte ou non l'immutabilité, on peut définir le régime comme l'ensemble des règles régissant les relations pécuniaires des époux. De nombreuses législations dont la conception du régime ne diffère guère de la nôtre, acceptant la mutabilité soit libre, soit assortie de conditions (2). D'ailleurs, la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux en France écarte le principe traditionnel de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Le problème n'en est pas pour autant supprimé, car le changement du régime ne pourra se faire qu'à certaines condi-

(1) L'expression de « mutabilité relative » est empruntée à M. le Conseiller Ancel. Cf. M. Ancel, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1952, t. VII, p. 302 et s.

(2) Cf., par exemple, de la première catégorie : Allemagne, Suède, Paraguay. De la deuxième catégorie : Suisse, Pays-Bas, Norvège, Danemark, Turquie, Chili. Cf. D. Alexandre, *La mutabilité des conventions matrimoniales*, Rapport dactylographié, Travaux de l'Institut de Droit et d'Economie Comparés, Faculté de Droit Strasbourg, 1960-1961.

tions et, d'autre part, même dans les pays où il est libre, il nécessite des formes. Aussi, peut-on dire que le principe de l'immutabilité, lorsqu'il n'est pas admis, est remplacé par un principe de mutabilité relative.

L'un ou l'autre de ces principes devrait exclure dans l'appréciation de la loi d'autonomie la prise en considération des circonstances nées postérieurement au mariage. En effet, une telle façon de procéder pourrait entraîner un changement implicite de régime qui, même sous une loi admettant la mutabilité, ne répondrait pas aux exigences de forme puisqu'il en serait totalement dépourvu. L'on sait néanmois qu'une autre opinion a prévalu selon laquelle les circonstances postérieures peuvent éclairer une volonté antérieurement fixée (1).

On a aussi prétendu parfois qu'il a toujours existé, même en France une exception au principe de l'immutabilité avec la séparation de biens judiciaire. Mais il vaut mieux considérer que la séparation de biens judiciaire principale est une forme que prend éventuellement le régime initial, mais qui s'y trouve dès l'origine contenue. On ne change pas de régime, mais celui-ci prévoit que dans des circonstances données telles règles pourront s'appliquer. Avec la séparation de biens accessoire de la séparation de corps, il y a certes changement, mais le régime matrimonial prend normalement fin avec le relachement des liens matrimoniaux et celui qui lui succède n'est plus à proprement parler un régime matrimonial, mais le régime correspondant à l'état de séparation de corps (2).

On a encore fait intervenir le principe de l'immutabilité à propos des modifications législatives du régime matrimonial. Mais il interdit seulement les modifications conventionnelles et ne s'impose pas au législateur (3).

Enfin ce principe a été invoqué pour dénier tout effet au changement des circonstances de rattachement. Au sens propre du terme, il s'agit bien d'immutabilité (4). Pourtant, la question est particulière et ne se confond pas avec celle que pose le principe de l'immutabilité interdisant au sein d'une législation interne le changement conventionnel du régime matrimonial.

§ 1. — L'ordre public

173. Pour résoudre le problème posé par le principe de l'immutabilité, certaines décisions anciennes ont fait appel à la notion d'ordre public international (5). A vrai dire, l'application faite

(1) Cf. *supra*, nos 88 et 101.
(2) Cf. *supra*, n° 156.
(3) Cf. *supra*, n° 143.
(4) Cf. *supra*, n° 72.
(5) Trib. civ. Marseille, 12 juillet 1907, *Clunet*, 1908.831 ; Trib. civ. Seine, 28 décembre 1900, *Clunet*, 1901.568 ; Trib. civ. Le Havre, 26 août 1896, *Clunet*, 1897.153 ; Trib. civ. Marseille, 8 mai 1913, *Revue*, 1914.581 ; Trib. rég. Stras-

dans ces espèces de la loi française pourrait s'expliquer aussi par l'idée qu'il s'agirait d'une loi de police et de sûreté, car il était souvent admis que le régime pouvait changer à l'étranger, mais non en France. Pour Laurent, la condition de l'immutabilité étant établie « dans un intérêt général, il en résulte que le statut est réel et que, partant, un pacte nuptial postérieur au mariage ne peut avoir aucun effet en France » (1). D'autres auteurs voient dans l'application de l'article 1395 aux étrangers en France un effet de l'article 3, alinéa 1 du Code civil (2). Mais la distinction n'apparaît généralement pas très clairement (3). Au demeurant, une conception aussi large de la notion de loi de police et de sûreté n'a plus aucune chance d'être reçue aujourd'hui. L'intervention de la notion d'ordre public ne se justifierait plus davantage. En effet, la mutabilité apparaît aujourd'hui si peu contraire à notre ordre public que le principe en a été adopté par la loi du 13 juillet 1965.

Il n'en est pas ainsi dans toutes les législations. Ainsi, le Code Bustamante, en son article 188, déclare : « Est d'ordre public international la règle qui interdit de conclure des contrats pendant le mariage, ou de les modifier ou d'altérer le régime des biens en cas de changement de nationalité ou de domicile postérieur à la célébration ».

On peut soutenir que si la mutabilité du régime ne heurte pas l'ordre public, celui-ci pourrait être choqué par l'incertitude que créerait en France la coexistence de règles contradictoires, certains ménages étant soumis à des régimes immuables et d'autres non. Mais une telle conception pourrait être développée à propos de n'importe quel conflit de lois et mènerait au territorialisme le plus strict. L'incertitude est suffisamment atténuée du moment qu'il existe des règles assez précises pour que la solution du conflit ne puisse faire de doute.

En France, la majeure partie de la doctrine et de la jurisprudence, mêmes anciennes, n'admet pas l'intervention de l'ordre public et cherche la loi à laquelle se rattache le principe (4). Pourtant, si l'immutabilité ne s'impose pas nécessairement, il ne s'ensuit pas

bourg, 15 octobre 1923, *Revue*, 1924.223 ; D.P., 1924.II.41, note M. Nast. Le même tribunal adopte la solution inverse le 27 mars 1925, *Clunet*, 1925.1039, note M. Nast ; Amiens, 9 février 1926, *Clunet*, 1927.388 ; Trib. civ. Meaux, 4 mai 1928, *Clunet*, 1928.1223. Cf. aussi G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux*, 3e éd., 1906, t. I, n° 121 ; Le Normand, *De l'immutabilité des conventions matrimoniales. Etude de Droit international privé*, thèse, 1898, p. 148.

(1) F. Laurent, *Droit civil international*, t. V, nos 213 et s.

(2) Cf. H. Duhaut, De la règle *locus regit actum*, thèse, 1882.

(3) V° sur ce sujet E. Silz, *Définition de la forme des actes au point de vue de l'application de la règle locus regit actum en droit international privé*, thèse, 1929, p. 292 et s.

(4) Cf., par exemple F. Troplong, *Le droit civil expliqué. Du contrat de mariage*, n° 179 ; Mailher du Chassat, *Traité des statuts*, nos 99 et s. ; P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, 1928, n° 353 ; L. Beauchet, *Clunet*, 1884.39 ; A. Weiss, *Traité*, t. III, p. 619.

que le changement de régime ne pourra jamais heurter l'ordre public. On peut estimer que celui-ci exige, d'une part, une publicité au moins égale à celle du premier régime et, d'autre part, le respect des droits acquis des tiers (1). Il faut, en outre, réserver le cas de la fraude à la loi (2).

§ 2. — La loi applicable : la loi de la forme

174. L'intervention de l'ordre public étant délimitée, il faut encore déterminer la loi à laquelle ressortira le principe de l'immutabilité ou de la mutabilité relative. Dans cette intention, les auteurs se sont efforcés de dégager l'objet de la règle : vise-t-elle à protéger les tiers ou les époux eux-mêmes (3) ? Cette discussion à laquelle on attache grand prix est un peu vaine. Le principe de l'immutabilité et, à un degré moindre, celui de la mutabilité relative, correspondent, en effet, à ces deux préoccupations à la fois et aussi à l'idée que le régime est la charte du ménage ayant fait l'objet de pourparlers et de tractations entre les deux familles et qu'il ne doit pouvoir être arbitrairement altéré par les époux.

Troplong écrivait : « Quand le mariage est célébré dans un pays étranger qui permet les pactes dotaux après le mariage, les Français qui profitent hors de leur patrie de cette permission de la loi étrangère, peuvent faire valoir en France les conventions ainsi faites après le mariage, en pays étranger. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la Cour de Montpellier du 25 avril 1845, à propos d'un mariage célébré en Espagne, où l'on suit les errements des lois romaines. Ceci se rattache à la célébration extérieure du contrat et participe de sa forme. C'est le cas d'appliquer la maxime *locus regit actum* » (4). L'auteur a été sans doute influencé par la place occupée par l'article 1395 du Code civil, entre deux dispositions se rapportant nettement à la forme du contrat de mariage. Il n'a envisagé que le cas où un contrat de mariage vient à être substitué à un régime légal, mais la solution doit être la même si un deuxième contrat est substitué au premier, du moment que la loi du lieu de l'acte le permet. On peut se demander pourquoi Troplong suppose que le mariage a été célébré dans le lieu même où le contrat postérieur est passé, puisque, selon lui, c'est la loi du lieu du contrat qui doit être compétente. Et l'on constate que les auteurs distinguent généralement

(1) Cf. J.-P. Niboyet, note sous Colmar, 28 mars 1928, S., 1929.II.17.

(2) Trib. civ. Colmar, 12 juin 1951, *Gaz. Pal.*, 1951.II.279 ; *Revue*, 1952.315, note Y. Loussouarn ; J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude*, 1957, p. 259 et s.

(3) Cf. R. Jay, « De l'immutabilité des conventions matrimoniales en Droit international », *Clunet*, 1885.527 ; J. Aubry, « Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé », *Clunet*, 1896.721.

(4) F. Troplong, *Le droit civil expliqué. Du contrat de mariage*, 1850, n° 179, p. 109 ; cf. également J. B. Sirey, *Consultation*, S., 1817.217.

entre le cas où les époux avaient commencé par ne pas faire de contrat de mariage et celui où ils en avaient fait un. Dans le premier cas, dit-on, c'est la loi du lieu du mariage qui est compétente ; dans le second, c'est la loi du lieu du contrat. Mais, sans même s'arrêter à l'objection présentée par Niboyet qui demande comment, lorsque les époux se sont mariés sans contrat, « rattacher l'immutabilité à une forme qui n'a même jamais existé » (1), il faut en retenir une autre : si l'immutabilité est une condition de forme, on oublie que cette condition ne concerne pas le premier régime qu'il soit conventionnel ou légal, mais bien le second qu'on prétend instaurer. C'est donc la loi du lieu de ce dernier contrat qu'on devrait envisager. Sinon il s'agirait, en réalité, d'un effet du premier régime et donc d'une règle de fond. Théoriquement, même si le mariage a été célébré en France, les époux devraient pouvoir faire un contrat postérieurement dans un pays dont la loi le permet.

Pour tourner cette difficulté, Mailher du Chassat imaginait que le contrat de mariage forme un tout indissociable avec le mariage lui-même (2). La loi compétente pour les deux institutions ainsi confondues devait être celle du lieu où toutes deux sont nées. Mais cette loi n'est pas alors seulement compétente au titre de la forme, elle régit, dans la théorie de l'auteur, le mariage lui-même ainsi que le régime matrimonial dans leur fond comme dans leur forme. C'est en ce sens que l'on peut comprendre un arrêt de la Cour de Montpellier souvent cité comme ayant vu dans l'article 1395 une condition de forme (3).

175. Un jugement du Tribunal de Bastia avait fait application de la maxime *locus regit actum*, en la justifiant par l'idée que le régime matrimonial constitue un statut réel (4) : La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cette décision, dont elle rectifia pourtant les motifs en se prononçant sans équivoque pour la loi de la forme. Il faut cependant remarquer le soin qu'elle prit de relever que cette loi correspondait en l'espèce à la loi d'autonomie : « attendu que le choix du régime auquel doivent être soumis les intérêts civils des époux dépend de leur volonté et de celle des personnes qui doivent les assister s'ils sont mineurs ; — attendu que l'arrêt attaqué a apprécié la volonté des époux Orsini d'après les circonstances qui ont accompagné leur mariage à Florence, et desquelles on a été autorisé à conclure qu'ils avaient à cette époque fixé leur domicile en Toscane ; — attendu que l'arrêt attaqué constate que la volonté des époux Orsini et celle des personnes qui assistaient Théodora Luci, mineure lors de son mariage avec Orsini,

(1) J.-P. Niboyet, note sous Req., 4 juin 1935, S., 1936.377.

(2) Mailher du Chassat, *Traité des statuts*, p. 133, nos 99 et s. ; p. 257, nos 491 et s.

(3) Montpellier, 25 avril 1844, S., 1845.II.7 ; D., 1845.II.36.

(4) Trib. civ. Bastia, 27 août 1852, S., 1855.I.699.

a été de soumettre les intérêts civils des époux aux lois en vigueur en Toscane, c'est-à-dire au droit romain qui, en cette matière, y est encore suivi ; — attendu que, si cette commune intention n'a été réalisée dans un acte public que le 11 décembre 1837, après la célébration du mariage, les époux Orsini se sont encore, sous ce rapport, conformés à la législation de la Toscane qui autorise les pactes dotaux après le mariage et que la détermination de l'époque à laquelle doit intervenir ce pacte, comme tout ce qui tient à sa forme extérieure, est soumise à l'empire de la règle *locus regit actum* » (1). La Chambre des requêtes répéta de façon plus nette encore : « attendu que la forme des conventions matrimoniales est régie par la loi du pays où le mariage a lieu ; — que la loi espagnole, conforme en cela au droit romain dont elle emprunte les règles, autorise les conventions matrimoniales passées postérieurement au mariage ; — que Gaspard Potier s'est marié en Espagne, où il avait établi son domicile conjugal ; que, dès lors, les conventions matrimoniales étaient réglées, quant à leur forme, non par les articles 1394 et 1395, mais par la loi espagnole » (2).

Ces arrêts concernent des espèces où les conventions ont été passées au lieu de célébration du mariage. En outre, la loi de la forme se confondait avec celle du fond. D'autre part, le contrat de mariage avait suivi de très près le mariage : en pratique, ni l'intérêt des tiers qui n'avaient encore guère eu l'occasion de traiter avec les époux, ni celui des époux eux-mêmes, qui avaient sans nul doute prévu le contrat dès avant le mariage, n'avaient pu réellement en souffrir. Le changement de régime était tout théorique ; il s'agissait plutôt d'un retard dans l'instauration du régime et il est significatif que, dans aucune de ces décisions, on ne trouve les expressions d'immutabilité, de mutabilité ou de changement de régime. On n'y évoque que la question de la date des conventions matrimoniales. La qualification de loi de forme en paraît moins arbitraire. Mais l'on ne peut songer à adopter des qualifications différentes selon les circonstances de l'espèce et tous les auteurs favorables à la loi de la forme l'adoptent sans restriction. Lerebours-Pigeonnière, par exemple, dit de l'article 1395 qu'il est préférable d'en limiter la portée aux contrats empruntant les formes du droit français, parce que le but de protection et de crédit poursuivi par ce texte est atteint au moyen d'une prescription de forme (3).

Faut-il classer Foelix parmi les auteurs favorables à la loi de la forme ? « Lorsque la loi du lieu où le contrat a été passé, soutient-il, autorise les parties ou l'une d'elles à le changer, modifier ou résilier, cette faculté leur doit être reconnue par les tribunaux d'un autre pays » (4). Mais il explique que c'est parce que les époux sont censés

(1) Civ., 11 juillet 1855, D.P., 1856.I.9 ; S., 1855.I.699 ; cf. également Grenoble, 30 mars 1844, D., 1845.II.36 ; Toulouse, 7 mai 1866, D.P., 1866.II.109.
(2) Req., 24 décembre 1867, D.P., 1887.II.123 en note ; S., 1868.I.134.
(3) P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, 1928, n° 353.
(4) M. Foelix, *Traité*, 3e éd., 1856, t. I.

avoir voulu adopter ces dispositions. Quoiqu'il en soit, M. le Doyen Savatier a bien résumé l'objection que l'on doit faire à la thèse de l'immutabilité, règle de forme. « Ce qui est intangible, dit-il, ce n'est pas, dans l'article 1395, l'acte instrumentaire contenant les conventions matrimoniales, mais bien ces conventions elles-mêmes » (1).

§ 3. — La loi applicable : loi personnelle

176. Une grande partie de la doctrine a préféré voir dans le principe de l'immutabilité un statut personnel. Pour Beauchet, les règles des articles 1394 et 1395 visent bien à protéger les tiers, mais uniquement ceux qui traitent avec des époux français. De toute façon, les tiers sont en état d'infériorité lorsqu'ils traitent avec des étrangers. « Ils sont exposés à des surprises, puisque la capacité des étrangers en France est régie par la loi étrangère ... Or si tel est, en général, l'état d'infériorité des tiers français contractant avec les étrangers, qu'y a-t-il de surprenant à ce que cette infériorité se révèle encore lorsque les contractants sont des étrangers mariés » (2) ? Mais les articles 1394 et 1395 visent, avant tout, selon l'auteur, l'intérêt des époux eux-mêmes et « le législateur français avait à se préoccuper de l'harmonie dans les ménages français » exclusivement. Weiss renchérit : « L'intérêt des époux français a seul été pris en considération » (3).

Wahl fait remarquer que le but poursuivi par le législateur n'importe pas, mais uniquement la nature de la règle posée (4). Il arrive pourtant à la même solution. « La question, dit-il, revient à se demander quelle est la loi qui régit la validité d'un contrat de mariage passé pendant le mariage, ... la capacité des époux de contracter l'un avec l'autre est seule en jeu » (5).

Arminjon adopte une solution quelque peu distincte. Il n'en fait pas une question de capacité et le principe de l'immutabilité

(1) R. Savatier, note sous Req., 4 juin 1935, D.P., 1936.I.7.

(2) L. Beauchet, « Observations sur la rédaction des conventions matrimoniales entre étrangers se mariant en France », *Clunet*, 1884.39.

(3) A. Weiss, *Traité*, t. III, p. 619 ; cf. Ch. Demangeat sur Foelix, p. 228, note a ; F. Despagnet, *Précis*, n° 330 ; J. Valéry, *Manuel*, n^{os} 786 et s. ; J. Aubry, « Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé », *Clunet*, 1896.721 ; E. Audinet, « Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage », *Recueil*, n° 40, 1932.II, p. 181 et s. ; J.-P. Niboyet, *Manuel*, 2^{e} éd., 1928, n° 710 (il changea d'avis dans son *Traité*, t. V, n° 1507) ; M. Nast, note sous Trib. civ. Strasbourg, 15 octobre 1923, D.P., 1924.II.41 ; P. Chauveau, note sous Pau, 17 novembre 1932, D.P., 1932.II.161.

(4) A. Wahl, note sous Trib. sup. Munich, 17 mai 1895, S., 1900.IV.25.

(5) Cf. également R. Savatier, note sous Req., 4 juin 1935, D., 1936.I.7 ; J.-P. Niboyet, note sous Colmar, 28 mars 1928, S., 1929.II.17 ; L. Olive, *Etude sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, thèse, 1899, p. 169 (cet auteur combine statut personnel et ordre public et admet, en outre, que les époux puissent se soumettre conventionnellement au principe de l'immutabilité) ; H. Duhaut, *De la règle « locus regit actum »*, thèse, 1882 (combine de même ordre public et statut personnel).

ne s'impose pas dès que la loi personnelle de l'un ou l'autre époux l'édicte. Pour lui, il s'agit d'une conséquence du mariage et la loi des effets personnels est compétente (1). C'était aussi la position de Bartin (2).

177. Dans un arrêt de renvoi, la Cour d'Orléans s'est prononcée en faveur du statut personnel et a décidé que des époux autrichiens pouvaient valablement, selon la loi autrichienne, modifier leur contrat de mariage alors que leurs premières conventions avaient été passées sous l'égide du droit anglais (3). Le Tribunal de la Seine a adopté un point de vue identique dans trois décisions concernant toutes une dame Vlassov : « L'immutabilité des conventions matrimoniales édictées par les articles 1394 et 1395 est une règle de statut personnel » (4). Les futurs époux Vlassov avaient réglé les conditions civiles de leur mariage par un contrat reçu par le Chancelier de la Légation de France en Roumanie : ils avaient déclaré vouloir se soumettre au régime de la séparation de biens et leur contrat était, semble-t-il, régi par la loi française. Mais Vlassov était sujet russe et la femme, française d'origine, avait par le mariage acquis la même nationalité. Six ans après la célébration du mariage, ils passèrent de nouvelles conventions matrimoniales, d'abord par acte sous seing privé reçu au consulat de Russie à Paris et ensuite, en termes identiques, dans un contrat reçu par un notaire de Saint-Petersbourg. Le Tribunal de la Seine admit la validité de ces secondes conventions conformes à la loi nationale des époux.

Le Tribunal de la Seine, dans une autre affaire, a même admis que deux époux français, s'étant fait naturaliser Wurtembergeois, acquéraient de ce fait la possibilité de modifier leur régime matrimonial (5). De même, la Convention de la Haye du 17 juillet 1905, en son article 4, prévoit que « la loi nationale des époux décide s'ils peuvent, au cours du mariage, soit faire un contrat de mariage, soit résilier ou modifier leurs conventions matrimoniales ». Cette solution est d'autant moins étonnante que la Convention soumet tout le régime matrimonial à la loi personnelle. L'on peut relever que les décisions qui font du principe de l'immutabilité une question de statut personnel ont été rendues à une époque où s'exerçait une forte pression en faveur de la soumission du régime à la loi

(1) P. Arminjon, *Précis*, t. II, n° 218.

(2) E. Bartin, *Principes*, t. II, § 271 ; cf. également Le Normand, *De l'immutabilité des conventions matrimoniales. Etude de Droit international privé*, thèse, 1898, p. 136 et s. ; E. Silz, *Définition de la forme des actes*, thèse, 1929, p. 296 et s.

(3) Orléans, 24 février 1904, *Clunet*, 1904.680.

(4) Trib. civ. Seine, 11 juin 1896, *Clunet*, 1896.870 ; 23 mai 1901, D.P., 1901. II.363 ; 21 mars 1907, *Revue*, 1908.788.

(5) Trib. civ. Seine, 21 juin 1910, *Clunet*, 1912.867 ; *Revue*, 1911.352 ; cf. également Trib. Tizi-Ouzou, 12 mars 1896, *Clunet*, 1897.355 ; Colmar, 28 mars 1928, S., 1929.II.17 ; Trib. civ. Strasbourg, 24 juillet 1935, *Clunet*, 1937.320, note M. Nast.

personnelle. Cette concordance est manifeste dans la première décision concernant *l'affaire Vlassov* qui a inclus non seulement le principe de l'immutabilité, mais tout le régime matrimonial dans les statuts personnels (1).

§ 4. — La compétence de la loi du régime

178. Les auteurs favorables à la compétence de la loi nationale, le sont surtout parce qu'il leur déplaît de faire dépendre une règle obligatoire de la volonté des époux (2). Pour Bartin, il y aurait là un paralogisme (3). En particulier, il paraît impossible à ces auteurs que la règle de l'immutabilité dépende du libre choix des conjoints, car si pour les plus fervents partisans de l'autonomie de la volonté la liberté a une limite, elle est constituée par la faculté de s'anéantir elle-même. Il ne peut dépendre de leur volonté que les époux soient liés définitivement. « Nous reconnaissons que la liberté des conventions est d'ordre public, et qu'il n'est pas permis aux particuliers d'y apporter d'autres restrictions que celles que la loi a cru devoir établir » (4).

Pourtant, le 4 juin 1935, la Cour de cassation qui, depuis longtemps, n'avait plus eu à se prononcer sur la question, décida que la loi applicable au régime des époux détermine aussi s'il leur est possible de le modifier en cours de mariage. En 1911, deux Polonais s'étaient mariés sans contrat à Paris où ils étaient domiciliés. Quatorze ans plus tard, devant un notaire belge, ils passent un contrat de séparation de biens qu'ils font inscrire sur le registre matrimonial de Strasbourg. A la suite d'une saisie effectuée par un créancier du mari, la femme objecta que le bien saisi lui appartenait. Le Tribunal cantonal jugea qu'en se mariant les époux avaient tacitement adopté le régime légal français et que, la loi française comportant le principe de l'immutabilité, ils n'avaient pu valablement changer leur régime par la suite. Les époux formèrent un pourvoi contre le jugement auquel ils reprochaient notamment de n'avoir pas reconnu que, s'agissant d'une question de capacité, leur loi nationale polonaise impliquait pour eux la faculté de modifier leur régime. Mais la Chambre des requêtes rejeta le pourvoi, en reprenant la formule utilisée par le Tribunal de Strasbourg : « les époux sont réputés s'être référés au régime matrimonial français qui comporte pour eux, à défaut de contrat de mariage, la soumission au régime de

(1) Trib. civ. Seine, 11 juin 1896, *Clunet*, 1896.870.

(2) Cf. E. AUDINET, « Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage », *Recueil*, n° 40, 1932.II, p. 282 ; G. DREYFUS, *L'acte juridique en droit international privé*, thèse, 1904, p. 86 et s. ; L. OLIVE, *Etude sur la théorie de l'autonomie en droit international privé*, thèse, 1899, p. 166 et s.

(3) E. BARTIN, *Principes*, t. II, § 271.

(4) L. OLIVE, *Etude sur la théorie de l'autonomie*, p. 169.

la communauté légale et la défense de modifier ce régime par une convention postérieure » (1).

179. La raison avancée par le rapporteur de l'affaire, M. le Conseiller Pilon, c'est que si la règle de l'immutabilité ne dépendait pas de la loi du régime, « il n'y aurait plus cette unité du régime légal, voulue par Dumoulin ». La solution de la Chambre des requêtes était loin d'être nouvelle, mais les précédents qui ont été invoqués ne sont pas toujours aussi décisifs qu'on a voulu le dire. Commentant la décision, M. Basdevant faisait remarquer qu'elle était déjà celle d'un arrêt de la Cour de Montpellier du 25 avril 1844 souvent cité comme consacrant la loi de la forme (2). Mais la Cour n'avait pas fait une application très orthodoxe de la loi d'autonomie et avait plutôt adopté la théorie très particulière de Mailher du Chassat qui implique la confusion nécessaire de la loi de la forme et de la loi du régime. L'arrêt de la Chambre civile du 11 juillet 1855 que M. Basdevant invoque encore, prend lui nettement position en faveur de la loi de la forme, même s'il constate qu'en l'espèce elle se confond avec la loi du régime (3). D'autres décisions citées ne sont pas plus probantes. La Cour de Colmar se prononce sans discussion possible pour la loi personnelle (4). Le Tribunal de Strasbourg en 1923 paraît en faire une question d'ordre public et, en 1925, présentant à la fois la thèse de la compétence de la loi du régime et celle du statut personnel, il constate qu'en l'occurrence, elles aboutissent à la même solution et, en conséquence, refuse de prendre position (5). Un seul des précédents relevés par M. Basdevant est vraiment concluant : il s'agit d'un arrêt de la Cour de Pau du 17 novembre 1932. « S'il est de principe, dit la Cour, que la convention matrimoniale, une fois établie du consentement des époux, ne peut plus être modifiée par leur seule volonté, cette règle cesse d'être applicable à l'étranger, dans le cas où le changement apporté au régime primitif rentre, comme celui-ci, dans le cadre de la loi étrangère adoptée par les époux » (6). Les juges font remarquer que cette solution s'impose, dès lors que l'on admet que la compétence de la loi d'autonomie ne se limite pas aux règles supplétives.

Mais d'autres décisions, passées sous silence par M. Basdevant, avaient antérieurement déjà reconnu que l'immutabilité devait

(1) Req., 4 juin 1935, *Revue*, 1936.755, rapport Pilon et note J. Basdevant ; S., 1936.I.377, note J.-P. Niboyet ; D., 1936.I.7, note R. Savatier ; cf. également Req., 5 mai 1938, *Revue*, 1938.659.

(2) Montpellier, 25 avril 1844, D., 1845.II.36 ; S., 1945.II.7, cf. *supra*, n° 174.

(3) Civ., 11 juillet 1855, D.P., 1856.I.9.

(4) Colmar, 28 mars 1928, S., 1929.II.17, note J.-P. Niboyet ; *Clunet*, 1929. 440 ; D., 1929.II.84, note H. Desbois.

(5) Trib. civ. Strasbourg, 15 octobre 1923, *Clunet*, 1924.1061 ; 27 mars 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.II.163.

(6) Pau, 17 novembre 1932, *Revue*, 1936.766 ; D.P., 1932.II.161, note P. Chauveau, confirmant Trib. civ. Bayonne, 28 juillet 1930.

dépendre de la loi du régime : un jugement du Tribunal de Marseille semble avoir incorporé dès 1901 la règle de l'immutabilité au régime (1). Auparavant, la Cour de Douai (2) et même la Cour suprême, dans un arrêt, à vrai dire fort ancien, avaient déjà adopté cette solution (3). En outre, un certain nombre d'auteurs s'étaient prononcés en sa faveur dès la fin du XIX^e siècle (4). Cette solution de la Cour suprême, à laquelle, entre temps, le Tribunal de Strasbourg a résisté (5) et la Cour de Paris acquiescé (6), a été répétée par la Chambre des requêtes le 5 mai 1938 (7). Elle recueille l'approbation de la majorité des auteurs contemporains (8).

180. A l'objection qu'il est peu logique de faire dépendre une règle impérative de la volonté des époux, on a répondu qu'à ce compte le domaine de la loi d'autonomie devrait être réduit de façon très considérable : l'unité du régime s'en trouverait atteinte (9). L'objection se retourne finalement contre la loi d'autonomie elle-même. On peut remarquer que les plus fervents partisans de l'autonomie de la volonté sont aussi les plus conséquents puisqu'ils acceptent la réduction de la loi d'autonomie aux règles supplétives (10). En effet, Niboyet avait bien vu que l'incorporation, loin de faire la part plus belle à l'autonomie, lui constitue, au contraire, une limitation (11). Elle sous-entend que les époux ne choisissent pas librement leur régime, ils peuvent seulement choisir la loi à laquelle ils désirent se soumettre et dont ils doivent accepter toutes les règles : « l'adhésion à un régime français implique celle à tout le droit matrimonial français ... Mais alors, remarquons-le bien, pas plus en droit international qu'en droit interne, la volonté n'est

(1) Trib. civ. Marseille, 23 avril 1901, *Clunet*, 1902.839.

(2) Douai, 13 janvier 1887, D.P., 1887.II.121, note Ch. de Boeck ; *Clunet*, 1887.57.

(3) Req., 14 janvier 1807 ; P. A. MERLIN, *Répertoire*, « Conventions matrimoniales », § 2, t. VI, p. 435.

(4) R. JAY, « De l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit international privé », *Clunet*, 1885.527 et s. ; PALLAMARY, *Conflits de lois relatifs aux conventions matrimoniales*, thèse, 1884, p. 162 ; N. RICAUD, *Des régimes matrimoniaux au point de vue du droit international privé*, thèse, 1886, p. 206 ; E. ENAULT, thèse, p. 199 ; Ch. de Boeck, note sous Douai, 13 janvier 1887, D.P., 1887.II.121.

(5) Trib. civ. Strasbourg, 24 juillet 1935, *Clunet*, 1937.320, note M. Nast.

(6) Paris, 28 juin 1937, *Clunet*, 1938.537.

(7) Req., 5 mai 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.II.232 ; *Revue*, 1938.659 ; cf. également Colmar, 12 juin 1951, *Clunet*, 1952.228, note J. B. Sialelli ; *Gaz. Pal.*, 1951.II. 279 ; *Revue*, 1952.313, note Y. Loussouarn.

(8) Y. Loussouarn, note sous Trib. civ. Colmar, 12 juin 1951, *Revue*, 1952.313 et observ. *Rev. Trim. Dr. com.*, 1951.864 ; H. BATIFFOL, *Traité*, n° 646 ; R. DÉSIRY, *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 556, n° 156 ; J.-P. Niboyet, note sous Req., 4 juin 1935, S., 1936.I.377 ; J. Basdevant, note sous Req., 4 juin 1935, *Clunet*, 1936.898.

(9) H. BATIFFOL, *Traité*, n^os 614 et 646.

(10) Par exemple, F. LAURENT, *Droit civil international*, t. V, p. 385 et n^os 183 et s.

(11) J. -P. Niboyet, note sous Req., 4 juin 1935, S., 1936.377.

souveraine. Et si elle ne l'est pas, n'est-ce pas le point de départ même de l'autonomie qui pourrait s'en trouver quelque peu ébranlé ?» (1).

Aujourd'hui, la loi d'autonomie ne règne plus qu'en titre et l'objection tombe. M. Caleb écrivait en 1927 : « La jurisprudence qui analyse l'article 1395 comme constituant une règle de fond a théoriquement nos préférences. Mais pratiquement, nous n'avons pu l'approuver, puisqu'elle faisait intervenir, à tort et à faux, le principe d'autonomie. Il est donc vrai que la question d'immutabilité s'incorpore à l'organisation générale du régime matrimonial, mais dans la mesure seulement où elle se présente sous son aspect impératif. La loi internationalement et impérativement compétente en matière d'immutabilité sera donc la même que celle qui régira, à titre impératif, le régime légal des époux mariés sans contrat» (2).

M. le Conseiller Désiry reprend l'argumentation et montre qu'aujourd'hui théorie et pratique se concilient : « L'immutabilité est, en effet, un trait essentiel du régime, elle doit donc rationnellement dépendre de la loi qui gouverne celui-ci. Sans doute peut-il paraître anormal de faire dépendre une règle impérative du statut d'autonomie. Mais l'objection tombe si l'on observe que, par l'effet du système d'autonomie, les parties se bornent à localiser leurs intérêts, la loi applicable se déduisant ensuite d'office du choix qu'elles ont fait» (3).

181. Mais suffit-il d'affirmer que l'immutabilité est un trait essentiel du régime ? On a soutenu que cette assertion était une erreur complète (4). Une différence fondamentale existerait entre les effets du régime et la détermination des circonstances qui peuvent y mettre fin. On a proposé l'exemple de deux époux mariés sous la communauté française et qui acquièrent ensuite la nationalité suisse. Si, dès lors, ils font un nouveau contrat de mariage en Suisse, la question de la validité de ce contrat se présentera de façon tout à fait différente de celle des effets du premier régime : « Pour le démontrer, rappelons *l'arrêt Ferrari*. Le mariage est pour les Italiens indissoluble, comme le contrat de mariage est immuable pour les Français. Si une naturalisation modifiant le statut personnel fait disparaître l'indissolubilité du mariage, de même elle fait disparaître l'indissolubilité du régime matrimonial» (5). A vrai dire, cette analogie n'est pas heureuse ; elle pourrait aboutir à remettre en question l'existence même d'une loi du régime différente de la loi des effets personnels du mariage. La raison princi-

(1) J.-P. Niboyet, note précitée.
(2) M. Caleb, thèse, p. 351.
(3) R. Désiry, *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 556.156 ; cf. aussi H. Batiffol, *Traité*, n° 614 et 646.
(4) J. Perroud, note sous Pau, 17 novembre 1932, *Clunet*, 1935.95.
(5) J. Perroud, note précitée.

pale de l'existence d'une règle de rattachement autonome est précisément le caractère de charte qui est celui du régime et qui implique, sinon l'immutabilité, du moins une mutabilité relative et non automatique. Du reste, la comparaison va à l'encontre de ce qu'on veut lui faire démontrer, car un changement des circonstances de rattachement n'affecte pas seulement les règles relatives à l'indissolubilité du mariage. Au contraire, la nouvelle loi applicable substitue son empire à l'ancienne sur tous les effets personnels du mariage, réserve faite des droits acquis, et l'indissolubilité du mariage est bien considérée comme un effet entre autres.

Un autre auteur a également contesté, mais de façon plus convaincante, que la règle de l'immutabilité s'incorpore au régime matrimonial : « On observera tout d'abord que l'article 1395 ne vise à résoudre aucune des difficultés particulières que peuvent soulever le règlement des intérêts pécuniaires des époux et l'administration de leurs biens. C'est une règle qui défend de modifier les dispositions admises à cet égard, mais qui ne fait pas partie de ces dispositions. Comme tel il est extérieur au régime matrimonial, dont il présuppose l'existence, mais auquel il est étranger, quel que soit le régime, légal ou conventionnel » (1).

Certes, si l'on voit dans le principe de l'immutabilité l'interdiction pour les époux de faire de nouvelles conventions matrimoniales pendant le mariage, on sera tenté d'y voir une règle de capacité. Mais si l'on se place de préférence du point de vue du premier régime, l'on dira que le principe en réalité fixe sa durée : le régime dure, sauf les exceptions prévues, autant que le mariage. Que cette durée soit fixée librement ou non, peu importe. Il s'agit d'une règle de fond relative au régime. Ainsi, l'on peut envisager le principe de l'immutabilité comme une question de capacité des époux se répercutant sur le régime matrimonial ou, au contraire, comme une règle du régime ayant des conséquences sur la capacité des époux. La réponse à ce dilemme dépend de la conception que l'on se fait du régime matrimonial. Si l'on réduit celui-ci à un contrat, on adoptera de préférence le premier point de vue. Si l'on estime, au contraire, que l'aspect contractuel n'est qu'un élément du régime, l'on se ralliera au second point de vue. M. Carbonnier résout la question au sein de sa théorie du régime-société : « L'immutabilité entre dans le statut personnel, mais dans le statut personnel de la société conjugale, non dans celui des époux associés considérés individuellement » (2). Il soumet donc l'immutabilité à la loi du régime et il devra en être de même dans tout système fondé sur la complexité du régime (3).

(1) P. Chauveau, note sous Pau, 17 novembre 1932, D., 1932.161.

(2) J. Carbonnier, thèse, p. 625.

(3) On peut noter, en outre, en faveur de cette thèse que « les régimes matrimoniaux des différents pays étant organisés en fonction de ce principe de base, il serait arbitraire d'isoler ce dernier pour le soumettre au statut personnel ». Y. Loussouarn, *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1951.864.

CHAPITRE II

LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

182. Les époux sont nécessairement soumis à un régime, ils ne peuvent en choisir qu'un seul et en changer que sous certaines conditions : d'une certaine manière, la liberté des conventions matrimoniales subit donc déjà, du fait de ces trois principes, d'importantes restrictions. D'autres limitations peuvent être apportées à la liberté des époux selon les législations qui édictent des règles impératives ou qui interdisent certains régimes ou ne laissent le choix qu'entre un nombre limité de régimes organisés par la loi. Certaines législations vont jusqu'à ignorer tout à fait le principe de la liberté et imposent un régime unique pour tous les époux. En outre, la liberté, quand elle existe, s'exprime dans un contrat. Or le droit commun des contrats prévoit certaines conditions de formation qui constituent autant d'entraves à la liberté. Ces conditions en France et dans nombre de pays, sont plus nombreuses et plus rigoureuses pour le contrat de mariage et il peut s'y ajouter des conditions d'opposabilité qui, si elles ne restreignent pas la liberté elle-même, peuvent réduire sa portée. Ces restrictions à la liberté sont indirectes et tiennent à la technique de sa mise en œuvre.

La liberté des conventions matrimoniales pose donc deux séries de problèmes : l'une concerne le principe et les limitations directes qui lui sont portées par les diverses législations, l'autre tient à sa mise en œuvre.

SECTION I

LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

§ 1. — Loi applicable

A. — Statuts personnel et réel.

183. Doit-on soumettre le principe de la liberté des conventions matrimoniales et ses limites à la loi du régime ? La question s'est

posée en ces termes au moment où la théorie de l'autonomie triomphait. Il semblait aux partisans les plus résolus de la loi d'autonomie que son empire devait s'arrêter devant les lois impératives. Le régime matrimonial était considéré comme un contrat dont le domaine plus ou moins restreint était fixé par les lois réelles et personnelles. Mais les règles édictées par ces lois n'étaient bien sûr pas contractuelles et, par conséquent, ne s'intégraient pas au régime. En somme, délimiter le champ de la liberté des conventions matrimoniales revenait à fixer les limites mêmes du régime matrimonial. « Le régime qui gouverne les intérêts pécuniaires des époux mariés est le produit de leur volonté puisque les époux pouvaient se soustraire à ce règlement par une convention librement arrêtée » (1). « N'étant qu'une convention tacite, son domaine sera exactement celui de la liberté des conventions » (2). Il importe de renfermer la loi d'autonomie « strictement en son domaine » (2). Ainsi réduite, l'idée de contrat tacite paraît plus solide. Le domaine du régime matrimonial n'est pas déterminé en lui-même par l'objet ou par la nature des règles. Il dépend de l'existence de règles impératives appartenant aux statuts personnel ou réel que les auteurs groupent souvent sous l'appellation d'ordre public qui est alors synonyme de dispositions obligatoires (3). « Le domaine de l'autonomie et celui de l'ordre public se touchent, mais ils sont entièrement impénétrables l'un à l'autre, comme deux compartiments séparés par une cloison étanche » (4). Il faudrait ajouter que la cloison est mobile et bouge selon les exigences de l'ordre public. Elle peut même être déplacée jusqu'à supprimer complètement le domaine de l'autonomie dans le cas où la loi impose un régime unique. « Si large, dit M. Savatier, que l'individualisme du Code civil fasse la part de la volonté humaine, la puissance de cette volonté y rencontre cependant des limites. Il y a, en matière de contrat de mariage, comme d'ailleurs dans la réglementation des autres contrats, des dispositions impératives ou prohibitives. Ici les époux cessent d'être libres ; ils ne sauraient donc échapper aux commandements de leur législateur, ni directement, ni par un détour, et notamment, par la simple volonté de soumettre leur contrat à une loi plus favorable ... » (5).

(1) A. Chausse, « Du rôle international du domicile », *Clunet*, 1897.I et s., spécialement p. 27 ; cf. également F. Surville, *Cours*, nos 366 et s., p. 448 et s. ; F. Laurent, *Droit civil international*, t. V, p. 486 ; F. Despagnet, *Précis*, n° 332, p. 958 ; A. Weiss, *Traité*, t. III, p. 616 et s.

(2) J. Aubry, « Le domaine de la loi d'autonomie », *Clunet*, 1896.465 et s.

(3) Cf. H. Caleb, thèse, p. 81 : pour une critique de cette confusion de terminologie que le Tribunal de la Seine a pu exploiter pour écarter l'application d'une règle impérative espagnole dont il a prétendu qu'elle n'était pas d'ordre public (Trib. civ. Seine, 26 novembre 1912, *Clunet*, 1913.595).

(4) J. Aubry, *Clunet*, 1896.464 et s.

(5) R. Savatier, note sous Req., 4 juin 1935, D.P., 1936.I.7.

184. La part de liberté laissée aux époux pour faire un contrat de mariage varie selon chaque législation. Les époux peuvent être entièrement libres, sauf certaines règles impératives comme en droit français ; ils peuvent se voir interdire certains régimes comme en droit italien (1) ; ils peuvent voir leur choix restreint aux régimes prévus par la loi comme en droit suisse ; ils peuvent disposer d'une simple option entre deux régimes comme en droit mexicain, ou encore être soumis d'autorité à un régime unique comme en U.R.S.S. Dès lors, « il est impossible de fournir un critérium *a priori* qui permettrait de tracer une ligne de démarcation entre les domaines respectifs de l'autonomie et de la loi impérative » (2). L'un dépend de l'autre. Le domaine de l'autonomie comprend tout ce qui n'est pas réglementé par une loi impérative. « La volonté doit s'arrêter en face d'une disposition prohibitive ou impérative de la loi positive » (3). La difficulté est alors de savoir quelle loi imposera ses prohibitions et ses impératifs. Puisqu'il s'agit du sort des biens des époux, la loi réelle sera-t-elle compétente ? La jurisprudence, au début du XIX^e^ siècle, a souvent fait intervenir le statut réel Un arrêt de la Cour de cassation proclamait que le régime des biens des époux « est évidemment du statut réel » (4). Plus tard, en réaction, a-t-on dit (5), un certain nombre de décisions se sont prononcées pour la loi personnelle. Le Tribunal de la Seine déclara que « la validité des conventions matrimoniales dépend de la condition des personnes et non de celle des biens, qu'elle est soumise aux règles qui déterminent la capacité des époux et relève, dès lors, de leur statut personnel » (6). D'autres décisions que l'on cite sont moins explicites et paraissent plutôt devoir être rangées dans le mouvement en faveur de la soumission du régime matrimonial à la loi personnelle La question des règles impératives y est confondue avec celle de la détermination de la loi du régime (7). Les espèces jugées se rapportaient toutes à l'interdiction que fait la loi italienne des régimes plus communautaires que la communauté réduite aux acquêts. Tandis que la Cour de cassation, en 1857, décrétait que

(1) Interdiction de tout régime plus communautaire que la communauté réduite aux acquêts

(2) M. CALEB, thèse, p. 79 et s. ; cf. aussi G. DREYFUS, *L'acte juridique en droit international privé*, thèse, 1924, p. 14 et s.

(3) F. BAYSSAT, thèse, p. 232-233 ; cf. aussi E. ENAULT, *Du régime matrimonial des époux mariés sans contrat en droit international privé*, thèse, 1891, p. 73 et s.

(4) Civ., 4 mars 1857, S., 1857.I.247 ; D.P., 1857.I.102 ; *Revue*, 1921.111 en sous-note. Cf. également Alger, 16 février 1867, S., 1868.II.48 ; Trib. civ. Marseille, 12 février 1885, *Clunet*, 1885.558 ; Trib. civ. Toulon, 30 mai 1893, *Clunet*, 1893.1196 ; Trib. civ. Bourges, 18 juillet 1904, S., 1905.II.8 ; Trib. civ. Seine, 16 juillet 1910, *Clunet*, 1911.222 ; *Revue*, 1911.353, concl. Michel.

(5) Cf. M^e^ COTELLE in *Congrès des Notaires*, p. 70 ; H. BATIFFOL, *Traité*, p. 703, n° 642.

(6) Trib. civ. Seine, 3 mai 1902, *Clunet*, 1903.366.

(7) Trib. civ. Seine, 25 avril 1910, *Clunet*, 1910.1205 ; Trib. civ. Marseille, 8 mai 1913, *Clunet*, 1914.1271.

cette interdiction ne pouvait s'appliquer à des époux dont les biens étaient situés en France, les jugements des Tribunaux de la Seine et de Marseille lui donnaient effet à l'encontre d'époux italiens, même s'ils vivent et ont leurs biens en France. Le Tribunal de la Seine faisait valoir, dès 1884, que l'inaliénabilité de la dot telle que la stipule le droit espagnol concerne la capacité personnelle des époux et ressortit à leur statut personnel (1). Mais la question de l'inaliénabilité dotale a de tout temps fait l'objet de discussions particulières et l'on a soutenu que le régime dotal ne dépend pas de la loi du régime (2).

185 En doctrine, la question des règles impératives n'a été que peu étudiée, selon Bartin (3), et surtout il n'est pas sûr que tous les auteurs aient eu pleinement conscience des conséquences impliquées par les principes qu'ils posaient.

Bartin estimait pour sa part que les règles obligatoires de leur statut personnel s'imposaient aux époux. Il en tirait la conséquence, extrêmement limitative de l'autonomie, que la compétence de la loi nationale devait s'étendre au régime légal dans lequel il refusait de voir un contrat tacite : « Ce qui est pour nous du ressort du statut personnel en matière de régime matrimonial, ce n'est pas le régime des biens entre époux, légal ou conventionnel, envisagé en lui-même, c'est uniquement la règle de la liberté limitée des conventions matrimoniales » (4). L'auteur, très consciemment, entendait limiter l'empire de la loi d'autonomie aux régimes conventionnels, dans la mesure où la loi personnelle ne restreint pas la liberté de contracter. En principe, les époux sont libres dans leurs conventions matrimoniales, mais ils subissent toutes les restrictions que leur impose leur loi personnelle. Les partisans de la personnalité du régime partent, au contraire, de la compétence de la loi personnelle des époux, mais cette loi peut octroyer aux époux pleine liberté de passer des conventions comme ils l'entendent. En dernier ressort, dans les deux systèmes, c'est la loi personnelle qui décide de l'autonomie dont jouissent les époux. Des partisans de l'autonomie, comme Weiss, se contentent d'écrire : « Nous demanderons de même à la loi personnelle des futurs époux de préciser les clauses qu'ils peuvent insérer dans leur contrat de mariage » (5). La plupart d'entre eux voient dans les règles impératives ou prohibitives des restrictions à la capacité des époux (6). Ainsi Naquet déclare :

(1) Trib. civ. Seine, 20 août 1884, *Clunet*, 1885.76 ; *Rev. crit. législ. jurip.* 1885.584 ; cf. aussi Trib. civ. Toulon, 3 mai 1902, *Clunet*, 1903.366.

(2) Cf. *infra*, nos 244 et s.

(3) E. Bartin, *Principes*, t. II, n° 269.

(4) E. Bartin, note sous Alger, 2 mai 1898, D.P., 1898.II.457 ; cf. également *Principes*, t. II, n° 269.

(5) A. Weiss, *Traité*, t. III, p. 617.

(6) Cf., par exemple, J. Valéry, *Manuel*, p. 784 ; F. Surville, *Cours*, n° 366 ; F. Despagnet, *Précis*, p. 952, n° 329 ; Ch. de Boeck, note sous Paris, 7 décembre

« Toute loi restrictive vient restreindre l'autonomie de la volonté et dégénère en une loi de capacité » (1) De même, un autre auteur affirme : « Ce sont là des lois qui viennent restreindre l'autonomie des nationaux pour des motifs que le législateur a seul à apprécier » (2). A la fin du XIXe siècle, les principaux partisans de l'autonomie de la volonté ne se séparent donc des partisans de la personnalité qu'à propos de la notion de contrat tacite On comprend, dès lors, que le débat ait à l'époque presque exclusivement porté sur cette notion L'exemple de Bartin démontre que, ce point mis à part, les deux théories sont extrêmement proches l'une de l'autre.

Bartin disait : « Indépendamment des règles de capacité proprement dites, à l'effet de passer un contrat de mariage, dont il n'y a rien à dire ici, la liberté des conventions matrimoniales est limitée chez nous de deux façons : 1° les futurs conjoints français qui veulent faire un contrat de mariage sont tenus d'observer dans l'établissement du régime conventionnel auquel ils entendent se soumettre, certaines règles de fond, dont le jeu ne leur permet pas d'introduire dans ce régime qui est leur œuvre certaines clauses que la loi prohibe ; 2° s'ils ne font pas de contrat de mariage, ils sont nécessairement soumis au régime de la communauté légale » (3). Ces propositions ont paru tellement évidentes à la plupart des auteurs qu'ils ne les ont pas expressément énoncées. Mais les partisans de la personnalité du régime quand ils parlent du régime matrimonial pensent d'abord aux limitations portées à la liberté des conventions matrimoniales. Il ne leur vient donc pas à l'esprit de les soumettre à une autre loi que la loi du régime : c'est par conséquent la loi personnelle qui est la loi du régime Les partisans de l'autonomie, s'ils admettent bien entendu qu'à défaut de contrat les époux sont soumis à un régime légal, se refusent à y voir une restriction à la liberté des époux et ne veulent y découvrir qu'une commodité laissée par la loi de faire un contrat sans aucune forme, tacite.

Si l'on admet que la compétence de la loi du régime est limitée par les règles impératives de la loi personnelle, l'on doit s'apercevoir que deux lois peuvent avoir vocation à imposer leurs restrictions et il sera parfois impossible de les concilier entre elles.

186. Ainsi la capacité de contracter est exigée des deux époux. Les auteurs ont tiré prétexte de ce que le contrat exprès ou tacite ne prenait effet qu'après la célébration du mariage pour tenir

1887, D.P., 1888.II.265 ; cf. également H. CALEB. in *Répertoire*, V° *Communauté conjugale*, n° 149 et P. ARMINJON, *Précis*, t. II, n° 217 : mais ces deux derniers auteurs ne peuvent pas être comptés parmi les partisans de l'autonomie.

(1) E. Naquet, note sous Civ., 26 juillet 1899, S., 1900.321.

(2) F. BAYSSAT, thèse, 1887, p. 232-233 ; F. Surville dira en termes presque identiques : « ce sont là des lois qui viennent restreindre l'autonomie de la volonté des parties et qui les frappent d'une incapacité pour des motifs que leur législateur national avait seul à apprécier et dont il doit être considéré comme le meilleur juge », 1888.255.

(3) E. Bartin, note sous Alger, 2 mai 1898, D.P., 1898.II.457.

compte de la seule loi nationale du mari qui devenait encore automatiquement à l'époque celle de la femme (1). La raison profonde, c'est « qu'il y aurait excès de rigueur à annuler un acte qui n'a fait que prévoir et escompter un très proche avenir» (2). Mais depuis 1927, la femme ne prend plus nécessairement par son mariage la nationalité de son mari. Il est néanmoins possible de dire que cette incapacité s'attache à l'état de gens mariés et qu'elle doit, à ce titre, dépendre de la loi des effets du mariage. Tel n'est pourtant pas l'avis de M. Caleb : « Cette solution libérale ne pourra plus jouer dans les cas où, d'après la nouvelle loi sur la nationalité du 10 août 1927, la femme garde sa nationalité propre» (3). Si l'on donnait cumulativement compétence à la loi nationale du mari et à celle de la femme, il se pourrait que l'une interdise les régimes autorisés par l'autre et inversement. L'hypothèse n'a rien d'invraisemblable. Il suffit d'imaginer que la loi de chacun des époux impose un régime unique obligatoire.

Pour M. Savatier, « en matière de conventions matrimoniales, les dispositions impératives du législateur s'inspirent toujours de l'organisation qu'il entend sauvegarder pour la famille» (4). Cette explication, mieux que l'idée d'une limitation de la capacité des futurs époux, permet de comprendre la préférence donnée à la loi unique des effets personnels du mariage sur la loi nationale de chaque époux.

187. Mais parfois ce sont les implications de la théorie de l'autonomie qu'il est impossible de concilier avec les prohibitions de la loi personnelle. La jurisprudence a toujours décidé, lorsqu'elle déclarait que les époux n'avaient pu valablement adopter un certain régime, conventionnel ou légal, en raison de la prohibition de leur loi personnelle, qu'ils seraient, en conséquence, soumis au régime légal de la loi personnelle. Dans le cadre de la théorie de l'autonomie, cette substitution ne se justifie pourtant guère que dans le cas où cette loi personnelle impose un régime unique. Comment expliquer en faisant appel à la volonté des époux, qu'on les soumette contre leur gré au régime légal de leur loi personnelle, alors que celle-ci ne leur impose nullement cette soumission ? Les juges préfèrent éluder la question lorsqu'elle se pose, en faisant coïncider loi per-

(1) Cf. F. Surville, *Rev. crit. légal. jurisp.* 1888.241 et s., spécialement p. 255 : « Je remarque, en effet, que le contrat de mariage n'aura son efficacité que si le mariage a lieu et que par conséquent les effets en sont suspendus jusqu'à la célébration, époque à laquelle la femme prendra la nationalité du mari. J'en tire cette conclusion qu'il faut attribuer validité à toutes les stipulations qui sont permises par la loi de cette nationalité qui devient au jour du mariage la loi commune aux deux époux ». *Contra* : P. Poullet, *Manuel*, n° 436-437.

(2) M. Caleb, in *Répertoire*, V° *Communauté conjugale et contrat de mariage*, n° 149.

(3) M. Caleb, in *Répertoire*, V° *Communauté conjugale et contrat de mariage*, n° 149.

(4) R. Savatier, note sous Req., 4 juin 1935, D.P., 1936.1.7.

sonnelle et loi d'autonomie. Les époux ont choisi de se soumettre à leur loi personnelle, disent-ils, ils n'ont pu vouloir adopter un régime qui leur était interdit (1).

Mais si l'on ne se contente pas d'esquiver la question, elle revient à se demander selon quelle loi doivent être déterminés les effets de la nullité du contrat de mariage. Pour les tenants de la théorie de la personnalité, le régime légal de la loi personnelle prendra évidemment la place du régime conventionnel interdit. Dans la théorie de l'autonomie de la volonté, le régime légal n'est lui-même qu'un contrat tacite et, selon de Boeck (2) et Weiss (3), la substitution du régime légal au régime conventionnel prohibé trouve son explication dans la volonté des époux (4). Mais alors le régime légal substitué doit être celui que désigne la loi d'autonomie et non la loi personnelle (5). Et si le régime légal désigné par la loi d'autonomie est lui-même nul du fait des prohibitions du statut personnel, la situation devrait être sans issue (6). Ou, peut-être, devrait-on garder le régime légal choisi, amputé de tout ce qui est prohibé par le statut personnel : la solution serait peu pratique et aboutirait à soumettre les époux à un régime hybride.

188. Si beaucoup d'auteurs rattachent les règles impératives ou prohibitives à la loi personnelle, d'autres ont une position plus nuancée. Les prohibitions seront personnelles ou réelles selon les intentions du législateur. Celui-ci a-t-il visé les biens ou les personnes ? « Il faut descendre dans l'esprit du législateur, a-t-on dit, et voir s'il avait en vue l'ordre local territorial ou s'il n'a pas plutôt considéré la condition des époux, leurs rapports personnels, la constitution des familles » (7). Laurent semble partager cette opinion, de même que, dans une certaine mesure, Audinet (8). On retrouve là la manière de procéder des auteurs d'ancien droit, qui, à propos de chaque règle (9), se demandaient si elle était un statut

(1) Cf. Trib. civ., Seine, 25 avril 1910, *Clunet*, 1910.1205 ; Trib. civ. Marseille, 8 mai 1913, *Clunet*, 1914.1271.

(2) Cf. de Boeck, note sous Trib. civ. Seine, 5 avril 1887, D.P., 1888.II.265.

(3) A. Weiss, *Traité*, t. IV, p. 638.

(4) Cf., *supra*, n° 115.

(5) Cette solution a été consacrée par les décisions intervenues dans l'*affaire Patino* : Trib. civ. Seine, 17 octobre 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9688, observ. P. Bellet ; Paris, 1er juillet 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11214, concl. Combaldieu ; Civ., 15 mai 1963, *J.C.P.*, 1963.II.13366, note H. Motulsky.

(6) Par exemple, des Italiens qui auraient passé un contrat de communauté universelle selon la loi française. Ni cette communauté universelle, ni la communauté légale française ne seraient compatibles avec les exigences de la loi italienne.

(7) N. Ricaud, thèse, p. 195.

(8) F. Laurent, *Droit civil international*, t. V : cette conception n'est pas exposée par lui, mais paraît appliquée tout au long de son analyse des institutions ; E. Audinet, *Recueil*, n° 40, 1932.I, p. 285 ; cf. également — et de la façon la plus nette — E. Enault, thèse, p. 190.

(9) La question se posait, notamment, avec beaucoup d'acuité à propos de la Coutume normande prohibitive de communauté. Cf. Cl. Duplessis, *Oeuvres*,

réel ou un statut personnel « « Dans le doute, disait Bouhier, sur la réalité ou la personnalité d'un statut, il faut tâcher de pénétrer dans l'esprit des rédacteurs» (1). Toutes les règles qui pouvaient s'expliquer par l'idée d'une convention tacite étaient personnelles. Pour les dispositions impératives, elles pouvaient être soit réelles, soit personnelles. Deux règles de rattachement pouvaient donc intervenir. A partir du XIX^e siècle, le même système aboutit à en faire intervenir trois, puisque les dispositions supplétives ne sont plus rattachées au statut personnel, mais au statut d'autonomie.

La répartition entre les différentes lois ne peut manquer de provoquer de nombreux et délicats problèmes. Que penser, par exemple, de l'argumentation utilisée par Dumoulin pour démontrer que la prohibition de communauté de la Coutume normande était un statut personnel ? Cette prohibition, selon l'auteur, aurait trouvé son origine dans l'avarice bien personnelle des Normands. Boullenois, sans contester cette analyse de caractère, estime qu'il faut néanmoins tenir compte d'autres raisons qui vont à l'encontre de la conclusion tirée par Dumoulin. « S'il n'est pas permis à une Parisienne de se marier conformément à ses lois, elle ne pourra se déterminer à épouser un Normand : il en sera de même des autres femmes du voisinage de la Normandie. Voilà donc plusieurs Provinces où les Normands ne pourront point trouver de femmes. Bouhier réplique : « La Normandie a assez d'étendue pour qu'un homme du pays puisse trouver à s'y marier convenablement et les Parisiennes trouveront assez de maris, sans être obligées d'en chercher en Normandie ...» (2).

De toute façon, il est dangereux et incertain de vouloir sonder les intentions du législateur, surtout lorsqu'il est étranger. Celui-ci peut avoir et a presque toujours eu différentes intentions à la fois qui aboutiraient à des rattachements différents. En outre, si la loi est ancienne, l'intention première du législateur peut être devenue sans objet et la règle peut remplir une fonction qui n'avait pas été prévue. Ces deux points étaient déjà apparus à propos du principe de l'immutabilité, ils ne sont pas moins vrais en ce qui concerne les restrictions à la liberté des conventions matrimoniales. Il est donc plus prudent de tenir compte de ce que le législateur a fait, plutôt que de ce qu'il a voulu faire. Peu importe, du point de vue des conflits de lois, le résultat qu'il a voulu obtenir, l'on doit plutôt se demander comment il a agi. D'ailleurs, c'est une question de qualification qui doit être résolue selon les principes du droit français, ce qui restreint déjà la portée qu'on peut accorder à la recherche des intentions du législateur étranger.

t. II, cons. 41 ; Ph. RENUSSON, *De la Communauté*, chap. 4, n^os 16 et s. ; L. FROLAND, *Mémoires sur les statuts*, Part. 2, chap. 1, n° 11, p. 206 et s. ; chap. 2, p. 212 et s. ; Ch, DUMOULIN, *Doc. Lib.*, 1, tit. 1, *Œuvres*, t. III, p. 556 ; J. BOUHIER, chap. 26, n^os 24 et s.

(1) J. BOUHIER, chap. 26, n° 26 et chap. 23, n° 98.

(2) Cf. sur cette discussion : J. BOUHIER, chap. 26.

189. Ainsi le législateur a peut-être cherché à réduire la capacité des époux (1), à fixer le sort des biens dans certaines limites, à protéger les tiers, à préserver les époux l'un de l'autre, à assurer un certain équilibre dans la famille, toujours est-il qu'il atteint ces objectifs en intervenant impérativement dans les relations pécuniaires des époux et en réduisant en ce domaine le rôle de la volonté des conjoints. Or le régime matrimonial est l'ensemble des règles qui gouvernent les rapports pécuniaires des époux, peu importe que ces règles résultent d'un contrat ou directement de la loi.

Le Code civil a certes donné une portée très large aux mots : *capacité*, *incapacité*, *capable* ou *incapable* (2). Mais, même dans l'acception la plus large de l'expression, les restrictions à la liberté des conventions matrimoniales constituent-elles bien des incapacités s'attachant à la personne des époux ? L'incapacité au sens large est un obstacle exceptionnel fondé sur une qualité particulière du sujet de droit. Seuls les époux, bien sûr, ou du moins les futurs époux subissent les règles impératives édictées en matière de régime matrimonial. Mais c'est qu'ils sont évidemment les seuls à avoir un régime matrimonial. Dès lors, s'il y a incapacité pour les époux, c'est de ne pouvoir se passer de régime matrimonial ! Le mariage a pour effet d'imposer aux époux la soumission à un régime matrimonial. Le choix du régime est plus ou moins libre selon la législation compétente. La soumission à un régime étant la conséquence du mariage, la liberté de choix, de même que les restrictions à cette liberté, sont également des effets du mariage. M. le Doyen Savatier a sans aucun doute raison d'y voir une pièce de l'organisation de la famille. Mais peut-on en même temps soutenir que les prescriptions obligatoires ressortissent à la loi des effets personnels et nier que le régime matrimonial, lui, soit un effet du mariage non fondamentalement différent des effets personnels ? Et si l'on reconnaît que le régime matrimonial est un effet du mariage, mais un effet patrimonial non assimilable aux effets personnels, ne faut-il pas en dire autant des règles impératives s'appliquant à ce régime ?

B. — Loi du régime.

190. On est alors conduit à soumettre les règles impératives à la loi qui gouverne l'ensemble du régime. L'on interprète communément la jurisprudence dominante comme se prononçant en ce sens (3).

(1) Cf. H. Batiffol : « Avec un peu de bonne volonté, presque toutes les règles juridiques impératives pourraient à la rigueur entrer dans le chapitre de la capacité : une règle donnant un ordre, celui auquel l'ordre s'adresse devient par là même *incapable* de faire ce que l'ordre interdit ». *Influence de la loi française sur la capacité civile des Etrangers en France*, thèse, 1929, p. 7.

(2) R. Houin, « Les incapacités », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1947.383 et s.

(3) Cf, H. Batiffol, *Traité*, n° 642 ou R. Désiry, *J. cl. Dr. Int.*, fasc. 556, n° 89.

Pourtant les décisions que l'on cite à l'appui de cette affirmation ne la confirment pas vraiment. Ainsi, s'il est certain qu'un arrêt de la Cour de Paris du 26 juillet 1891 excluait la compétence de la loi personnelle, il n'est pas sûr qu'il l'ait fait au profit de la loi d'autonomie plutôt qu'à celui de la loi réelle (1). Un autre arrêt de la même Cour, relatif à l'inaliénabilité dotale, est encore moins probant, car il tranchait un conflit d'annexion et faisait état du caractère contractuel de l'inaliénabilité pour déclarer que le contrat de mariage des époux devait être interprété selon les dispositions de la loi telle qu'elle existait au moment de ce contrat (2). Un arrêt de la Cour de Bourges déclarait « que les prohibitions du Code italien en cette matière constituent, en l'état et en dehors des lois internationales qui régissent cette situation, une règle et une application du statut réel, qui n'atteint que les biens sur son territoire » (3).

Plus convaincant est un arrêt de la Cour de Grenoble du 6 novembre 1923 qui se contentait pourtant d'affirmer qu'en dépit de son statut personnel un Italien peut adopter en France le régime légal français (4). De même, d'autres décisions écartaient implicitement ou explicitement l'intervention de la loi personnelle (5). Mais dans chacune de ces espèces, les prohibitions n'eussent été appliquées que si on les avait fait dépendre de la loi personnelle. On n'avait donc pas à se demander si elles dépendaient de la loi d'autonomie plutôt que de la loi réelle.

Aujourd'hui la compétence de la loi du régime semble néanmoins acquise, sans cependant que la jurisprudence se soit vraiment expliquée sur ce problème (6). Les décisions se contentent de répéter que le régime se détermine selon la loi d'autonomie et ne tiennent pas compte des prohibitions de la loi réelle ou de la loi personnelle. Le problème a donc disparu sans avoir été élucidé. Peut-être cependant la volonté de la jurisprudence de soumettre à une loi unique l'ensemble des règles gouvernant les relations pécuniaires des époux, sans distinguer selon que ces règles sont impératives ou supplétives, s'exprime-t-elle dans le fait que la Cour de cassation parle du *statut matrimonial pour le règlement des intérêts pécuniaires des époux* et non plus de leurs *conventions matrimoniales* (7) ?

191. L'unité du régime est ainsi assurée sans que la jurisprudence ait besoin d'avoir recours à des subterfuges. Néanmoins, faire

(1) Paris, 26 juillet 1891, *Gaz. Pal.*, tables 1897-1902, V° *Etranger*, n° 144.
(2) Paris, 10 décembre 1902, D.P., 1905.II.128.
(3) Bourges, 18 juillet 1904, S., 1905.II.8.
(4) Grenoble, 6 novembre 1923, D.P., 1924.II.41 ; *Clunet*, 1924.419.
(5) Grenoble, 3 juillet 1907, *Revue*, 1908.813 ; Trib. civ. Marseille, 30 mai 1908, *Revue*, 1910.857, etc..
(6) Cf. Civ., 23 décembre 1958, *Bull.*, I, n° 578, p. 472 ; *J.C.P.*, 1959.IV.13 ; *Clunet*, 1959.1146 ; Trib. gr. inst. Seine, 21 juin 1960, D., 1960, somm. 127 ; Trib. gr. inst. Seine, 12 janvier 1963, *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 556, n° 26 *bis*.
(7) Req., 4 juin 1935, S., 1936.I.377 ; Req., 5 mai 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.II. 232.

dépendre ces règles de la volonté des époux, n'est-ce pas leur ôter tout caractère impératif ? Si les prohibitions dépendent de la volonté des époux, il n'y a plus de prohibitions du tout : seule sera compétente la loi qui validera le contrat et les clauses qu'il contient, car on ne peut pas supposer que les époux aient voulu faire un contrat nul (1). On a dit que le droit international privé a des raisons que n'a pas le droit interne. Mais ces raisons de commerce international, importantes pour les contrats ordinaires, sont étrangères à l'institution du régime matrimonial.

Pourtant, l'objection ne vaut que contre la compétence de la loi d'autonomie. Elle tombe dans la mesure où celle-ci est supplantée peu à peu par la loi du centre des intérêts, qui ne dépend qu'indirectement de la volonté des époux.

Ainsi donc, l'évolution du droit international privé en matière de régime matrimonial correspond à une évolution de la notion même du régime et, en outre, le problème de la détermination de la règle de rattachement est lié à celui du domaine de cette règle. Si le régime n'est considéré que comme un contrat exprès ou tacite, l'accent est mis sur le rôle de la volonté des époux. C'est sur cette volonté qu'en essayera de fonder la règle de rattachement. Mais celle-ci ne vaudra alors que pour cette part de règles sur laquelle la volonté peut avoir prise, c'est-à-dire les règles supplétives. Seules ces dernières seront considérées comme formant un contrat et donc comme constituant le régime matrimonial.

Sur quel point l'évolution a-t-elle d'abord porté ? Est-ce la notion de contrat tacite ou le principe de la compétence de la loi d'autonomie qui a été ébranlé en premier ? Ou est-ce le sort différent fait aux règles supplétives qui a d'abord paru injustifié ? La question est sans doute vaine : l'évolution a été simultanée et il y a eu interaction de ces trois points.

§ 2. — Influence du contrat de mariage sur la loi applicable

192. La loi du régime, si les époux n'ont pas fait de contrat de mariage, indiquera le régime légal auquel ils seront soumis, sans que la loi personnelle ou réelle puisse le modifier ou en imposer un autre. Lorsque les époux auront fait un contrat de mariage, celui-ci dépendra d'une seule loi à la lumière de laquelle il devra être interprété et qui déterminera si les époux avaient effectivement le pouvoir de stipuler les clauses qu'ils ont adoptées. La validité du contrat, du moins en ce qui concerne son objet, dépend uniquement de la loi du régime.

Celle-ci doit se déterminer d'après le centre des intérêts des époux. Ce centre s'apprécie selon des données concrètes sur lesquelles la

(1) Paris, 3 décembre 1913, *Gaz. Pal.*, 1914.I.199. Cette décision a donné compétence à la loi de la validité.

volonté des époux est susceptible d'influer (1). Dès lors, on peut se demander si le contrat de mariage lui-même est une de ces données susceptibles de modifier le centre des intérêts des époux et d'influencer en conséquence la détermination de la loi applicable. En matière de contrats ordinaires, si les parties indiquent qu'elles entendent se référer à une loi donnée, par cette indication elles auront localisé le contrat à moins que leur choix ne soit vraiment par trop arbitraire. Selon M. Batiffol, « le juge n'est pas strictement lié par la clause de choix exprès, comme si elle constituait selon la lettre le principe de la solution de droit : elle n'est qu'un élément — capital assurément — de la localisation du contrat, mais non absolument obligatoire en droit parce que cette localisation reste une question de fait » (2). L'auteur cite une décision de la Cour de cassation où celle-ci se fonde sur la volonté des parties pour appliquer la loi française à un contrat que les parties avaient expressément soumis à la loi américaine (3). « La Cour, ajoute-t-il, se fondant sur la volonté des parties, force est bien de conclure que cette volonté était de localiser le contrat en France, nonobstant leur choix de la loi américaine ». Mais un tel cas, selon l'auteur, sera extrêmement rare.

On peut se demander s'il en ira de même en matière de contrat de mariage. Il faut relever d'abord que si l'on accorde une importance primordiale aux déclarations des époux, ils seront pratiquement libres d'échapper à toutes les prohibitions. Certes, pour les contrats ordinaires, on peut être tenté d'avancer la même objection. Mais les nécessités du commerce international constituent alors une réponse appropriée qui ne vaut pas pour le régime matrimonial (4).

En outre, si le contrat ordinaire crée des relations entre les parties, le contrat de mariage ne fait que réglementer des relations qui existent indépendamment de lui ; il n'institue pas même le régime matrimonial et doit se contenter d'en modifier l'organisation. On doit donc admettre qu'il ne puisse pas lui-même influer sur la localisation. Mais il peut néanmoins révéler cette localisation qui doit être appréciée au moment du mariage. On peut supposer par exemple, que si des époux se sont référés à la loi italienne, c'est qu'ils ont sans doute entendu fixer en Italie le siège de leurs intérêts, à condition toutefois que cet indice soit corroboré par d'autres. Mais il ne s'agira en tout état de cause que d'un indice et non d'un élément positif de localisation, comme pour les contrats ordinaires. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que ce n'est pas le contrat de mariage qu'il s'agit de localiser, mais le régime matrimonial.

(1) Cf. *supra*, n° 135.

(2) H. Batiffol, *Traité*, n° 572, p. 622.

(3) Civ., 5 décembre 1910, S., 1911.I.129, note Lyon-Caen ; *Revue*, 1911.395 ; *Clunet*, 1912.1156.

(4) Cf. pourtant H. Batiffol, *Traité*, n° 636, p. 695. L'auteur argue de la même raison en matière de conventions matrimoniales.

Mais, même pour des auteurs partisans du système de la localisation, « les futurs époux, appelés à rédiger l'acte qui doit servir de base à leur régime matrimonial, sont les maîtres absolus de fixer les stipulations qui prendront place dans leur contrat, leur autonomie ne devant à cet effet avoir d'autres limites que celles où l'ordre public enferme et restreint le domaine des conventions privées : il s'ensuit qu'ils ont le droit de déterminer par leur contrat de mariage la loi qui présidera à son interprétation » (1). On peut rapprocher cette manière de voir de celle des partisans de la loi personnelle qui, eux aussi, entendaient conserver la compétence de la loi d'autonomie en matière de contrat de mariage. Il est incontestable qu'en pratique la solution aboutit à des résultats heureux qui se manifestent par la rareté des décisions jurisprudentielles intervenues sur la question. Il est heureux notamment qu'on n'annule pas trop fréquemment des contrats de mariage sous le prétexte qu'ils ne se seraient pas conformés à la loi applicable, encore que le contrat ne doive pas être un moyen d'échapper à toutes les prohibitions. Il est non moins bon que les contrats soient interprétés à la lumière de la loi à laquelle les parties ont entendu se référer.

193. Mais on peut se demander s'il est nécessaire. pour obtenir ces résultats, qu'on détermine différemment la loi applicable au régime matrimonial, selon que les futurs époux ont fait ou non un contrat, de sorte qu'en matière de régime conventionnel le caractère contractuel prédomine sur l'idée même de régime. Si, pour déterminer la loi applicable, on cherchait à localiser les intérêts des époux comme en tend à le faire en matière de régime légal, est-ce que l'on obtiendrait des solutions très différentes et nécessairement moins bonnes ? Il faut remarquer d'abord que la plupart du temps la localisation des intérêts ne ferait que confirmer le choix des époux. Dans la mesure où la localisation serait douteuse ou l'on hésiterait entre plusieurs pays, on pourrait d'ailleurs se fonder sur le choix exprès des époux pour accorder la préférence à l'un. On pourrait même aller jusqu'à donner au choix des époux valeur de présomption simple de localisation. Simplement on supprimerait la possibilité pour les époux de se dérober à toutes dispositions impératives par la suppression du choix illimité dont ils disposent dans le système tel qu'il est adopté aujourd'hui par la doctrine et par la jurisprudence françaises. Comme les époux n'usent guère de ce choix, les conséquences pratiques de sa suppression ne seraient pas importantes et, en outre, elles devraient être approuvées puisqu'elles ne toucheraient que les choix extravagants.

Tout contrat de mariage se référant à une loi différente ne serait d'ailleurs pas nul. En effet, il se pourrait que la loi applicable permette la référence à une loi étrangère. Si c'était le cas, le contrat serait

(2) R. Désiry, « Régimes matrimoniaux », *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 556, nos 59 et s. ; cf. également H. Batiffol, *Traité*, n° 656.

valable, dans la mesure où il ne heurterait pas une disposition impérative de la loi compétente. Mais, même si cette dernière interdisait la référence à une loi étrangère, on pourrait encore se demander si cette interdiction ne se rapporte pas plutôt à la forme qu'au fond du contrat de mariage : est-il interdit de prévoir dans le contrat des dispositions semblables à celles de la loi étrangère ou est-il seulement interdit de se référer à cette loi ? Si les époux ont la possibilité de recopier la loi étrangère, mais non de s'y référer, il s'agirait certainement d'une pure règle de forme, comparable à celle qui était prévue par l'ancien article 1390 du Code civil, qui interdisait toute référence aux anciennes coutumes.

Si l'on soumettait les régimes conventionnels non plus à la loi d'autonomie, mais à la loi du centre des intérêts, les contrats nuls ne seraient donc pas aussi nombreux qu'on pourrait le redouter à première vue. Or l'on éviterait ainsi une dualité de solutions peu satisfaisante d'un point de vue théorique. Il n'est pas très heureux, en effet, qu'une règle de rattachement différente résolve les conflits de lois relatifs aux régimes légaux et aux régimes conventionnels, alors que leur nature est fondamentalement la même. Cette dualité devient d'autant plus critiquable que le régime impératif de base, qui échappe à la liberté des conventions matrimoniales, tend à devenir de plus en plus important. Comment admettre que celui-ci soit régi par une loi différente selon que les époux ont ou non fait un contrat de mariage ?

SECTION II

LA MISE EN ŒUVRE DE LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES LE CONTRAT DE MARIAGE

194. Si les règles prohibitives ou impératives ressortissent à la loi du régime, il ne faut pas oublier que les époux font usage de leur liberté par un contrat, mais il faut éviter de confondre contrat de mariage et régime conventionnel. L'objet du contrat est soumis à la loi du régime, puisqu'il concerne directement le régime. Mais pour établir cet objet, on a recours à la technique du contrat. La loi du régime n'est pas alors nécessairement compétente. Il faut donc faire la part du régime et celle du contrat.

Or comme tout contrat, les conventions matrimoniales doivent pour leur validité répondre à quatre conditions de fond. Deux d'entre elles, celles qui concernent l'objet et la cause, relèvent de la loi du régime. La cause en relève pour les mêmes raisons que l'objet. Le problème de la cause est, en effet, lié à celui de l'objet et dépend comme lui des limites de la liberté des conventions matrimoniales (1). Il n'en serait autrement que si l'on envisageait

(1) H. Batiffol, *Traité*, n° 616 et les références.

la cause du contrat de mariage considéré dans son ensemble : « celle-ci ne peut être autre chose que la célébration du mariage » (1). Mais l'exigence de la célébration ne pose aucun problème de conflit de lois. En effet, quelle que soit la loi compétente, à défaut de mariage, le contrat est caduc. On peut évidemment se demander en quoi doit consister la célébration du mariage et quelles lois seront compétentes pour imposer les conditions du mariage. Ces questions cependant ne concernent plus le droit international privé du régime matrimonial, mais celui du mariage. Néanmoins, avec la nullité du mariage se pose le problème du mariage putatif et de ses effets pécuniaires. Mais, là encore, il nous a paru devoir être admis que ces effets ne constituent pas un véritable régime matrimonial (2). Pour ce qui est du contenu du contrat de mariage, si dans l'ensemble il ressortit à la loi du régime, il convient pourtant de mettre à part les clauses indépendantes du régime. A cause de cette indépendance, il n'est pas possible de les soumettre à la loi du régime. En ce qui concerne le consentement et la capacité exigés des contractants, leur rattachement est contesté.

D'autre part, le contrat de mariage doit répondre à des exigences de forme. Il est certain que la maxime *locus regit actum* s'applique en l'occurrence. Mais si la loi applicable à la forme ne pose guère de problème, il faut encore distinguer parmi les règles relatives au contrat de mariage celles qui concernent la forme et celles qui se rapportent au fond. En outre, l'on doit se demander si les formalités de publicité doivent être rattachées aux règles de forme.

§ 1. — Consentement et capacité

195. Si l'on connaît d'assez rares décisions jurisprudentielles relatives au consentement à un contrat de mariage, aucune ne concerne l'hypothèse d'un conflit de lois. Les auteurs, pour leur part, ont négligé cette question (3) ou ont renvoyé à l'étude qu'ils consacrent aux conditions générales de validité des contrats ordinaires (4). En effet, selon la doctrine et la jurisprudence françaises, le consentement au contrat de mariage ne déroge pas au droit commun des contrats. Or il est généralement admis que le consentement comme l'objet relève de la loi d'autonomie, loi du contrat (5).

(1) Planiol et Ripert, *Traité*, t. VIII : « Les régimes matrimoniaux », 2e éd. par J. Boulanger, 1957, n° 38.

(2) Cf. *supra*, n° 157.

(3) Cf. A. Weiss, *Traité*, t. II, p. 616 ; F. Surville, *Cours* n° 363, p. 446 ; F. Despagnet, *Précis*, p. 952, n° 329.

(4) Cf. H. Batiffol, *Traité*, n° 640, p. 784 ; J. Valéry, *Manuel*, p. 1115, n° 784.

(5) Cf. R. Dayant, « Contrats. Théorie générale. Domaine de la loi d'autonomie ». *J. Cl. Dr. int.*, fasc. 552-D, nos 12 et s. ; H. Batiffol, *Traité*, p. 667, n° 614 ; cf., par exemple, Civ., 25 juin 1957, *Bull.*, I, n° 298, p. 238 ; *Revue*, 1957.680, note H. Batiffol.

On a objecté que les règles impératives ne doivent pas dépendre de la volonté des parties : cet argument tombe dès lors que la loi de la localisation remplace la loi d'autonomie. Mais pour soutenir la compétence de la loi personnelle, on a affirmé que les règles relatives au consentement avaient pour objet de protéger des personnes (1). Certes, il s'agit de protéger les contractants. Mais toutes les lois, toutes les institutions juridiques ne visent-elles pas, d'une certaine manière, à protéger les personnes ? Les règles sur le consentement visent avant tout à moraliser le contrat.

On a préconisé, d'autre part, la compétence de la loi du lieu de conclusion, car, a-t-on dit, la loi d'autonomie étant désignée par le contrat, il faut encore que ce contrat soit formé pour la désigner (2). Quelle que soit la valeur de cet argument pour les contrats ordinaires, on peut observer qu'il ne s'applique pas au contrat de mariage. En effet, la loi applicable n'est pas désignée par le contrat de mariage, puisqu'il s'agit de la loi du régime et que le régime matrimonial existe indépendamment du contrat qui ne peut que l'organiser dans une certaine mesure.

196. La condition de la capacité pose des problèmes particuliers au régime matrimonial et les solutions paraissent moins sûres. Du moins, elles ont été remises en question lors de la célèbre *affaire Patino.* Il est admis que les incapacités générales relèvent de la loi personnelle. Mais un certain nombre de législations (3) prévoient des règles de capacité spéciales au régime matrimonial. On peut hésiter à rattacher ces dernières au statut de l'article 3, alinéa 3 du Code civil et soutenir que celui-ci ne s'applique qu'aux incapacités générales parmi lesquelles on ne saurait comprendre des dispositions particulières au régime matrimonial. De nombreux auteurs se sont décidés pourtant sans hésitation pour la compétence de la loi personnelle. Ainsi Weiss ne pense pas qu'il soit nécessaire de justifier une solution qui lui paraît évidente. Valéry se réfère, sans autre explication, à la règle commune à tous les contrats, de même que Surville, Despagnet ou de Boeck (4). Pillet, Bartin, de leur côté, ne traitent pas de la question à propos du contrat de mariage (5). Mais parmi ces auteurs, les uns sont partisans de la compétence de la loi personnelle pour tout le régime matrimonial et la compétence de cette loi en matière de capacité doit leur paraître d'autant plus évidente ; les autres, qui se prononcent pour la loi d'autonomie,

(1) Cf., par exemple, F. LAURENT, t. VIII, n° 158, p. 228-229 ; J. AUBRY, « Le domaine de la loi d'autonomie », *Clunet*, 1896.472 ; E. BARTIN, *Principes*, t. I, p. 175 et s. ; t. II, p. 60 et s. ; A. PILLET, *Principes*. n^{os} 237 et s.

(2) P. ARMINJON, *Précis*, t. II, n^{os} 96 et 97, p. 276 et s.

(3) Cf., par exemple, l'article 1398 du Code civil français.

(4) A. WEISS, *Traité*, t. III, p. 616 et s. ; F. DESPAGNET, *Précis*, p. 952, n° 329 ; F. SURVILLE, *Cours*, p. 534, n° 361 ; J. VALÉRY, *Manuel*, p. 1116, n° 784.

(5) A. PILLET, *Principes* ; E. BARTIN, *Principes*.

en restreignent le domaine aux règles supplétives et sont d'accord pour soumettre les époux aux dispositions impératives de leur loi personnelle : il est donc normal qu'ils n'aient pas envisagé de faire exception dans leur système pour les lois de capacité. Ces auteurs ne font d'ailleurs guère la différence entre les règles de capacité et les règles limitatives de la liberté des conventions matrimoniales. Ne disent-ils pas très souvent que ces dernières aussi concernent la capacité des époux. Pourtant, alors qu'ils soumettent les règles concernant l'objet du contrat à la loi personnelle des époux, telle qu'elle s'établit par le mariage (1), c'est la loi nationale de chacune des parties au moment du contrat de mariage qui régira la condition de capacité *stricto sensu* (2).

Le problème se pose vraiment si l'on admet, comme on tend à le faire aujourd'hui, que les limitations de la liberté des conventions ne ressortissent pas à la loi personnelle, mais à la loi du régime. Certes, des auteurs plus anciens tels que Demangeat (3) ou Barilliet (4) se prononçaient en faveur de la loi du domicile, mais cette prise de position concernait le statut personnel et non pas spécialement la capacité des futurs époux de faire un contrat de mariage. Elle résultait d'une interprétation de l'article 3, alinéa 3 dont on ne contestait pas la compétence en la matière. « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Les deux auteurs complétaient le texte de loi, en déclarant qu'il n'en allait pas de même lorsque les Français n'avaient pas une simple résidence, mais un domicile à l'étranger. Ils invoquaient à l'appui de leur interprétation l'ancien droit français qui soumettait le statut personnel à la loi du domicile et l'article 13 du Code civil (5) qui disposait que les admis à domicile jouissaient de tous les droits civils. Cette discussion est aujourd'hui périmée et d'ailleurs dépasse la question puisqu'elle ne vise pas à contester le caractère personnel des règles concernant la capacité de passer des conventions matrimoniales.

197. La question ne porte plus aujourd'hui que sur les règles particulières au contrat de mariage et il faut admettre que dans la mesure où celui-ci est soumis aux règles générales de capacité, l'on doit se référer à la loi personnelle. Mais il n'est guère plus contesté que les incapacités spéciales relèvent de la loi applicable à l'institution qu'elles concernent : ainsi l'incapacité du médecin de recevoir un don ou un legs du patient qu'il a soigné lors de la dernière maladie relève de la loi successorale (6). Pourtant on

(1) Tous les auteurs ayant écrit avant 1927, il s'agissait de la loi nationale du mari.
(2) Cependant *contra* : Article 3, Convention de La Haye.
(6) Ch. Demangeat, cf. Foelix, t. I, p. 57, note *a*.
(4) Barilliet, *Du conflit de la loi française avec les lois étrangères*.
(5) Abrogé par la loi du 10 août 1927.
(6) H. Batiffol, *Traité*, nos 414 et 665.

déclare que, lorsque ces incapacités spéciales concernent des personnes frappées d'une incapacité générale, il faut les considérer plutôt comme des aménagements à l'incapacité générale et, à ce titre, les soumettre à la loi personnelle (1). Il s'agit donc de savoir si les règles spéciales de capacité en matière de contrat de mariage consistent plutôt en une réglementation du régime matrimonial que dans un aménagement de l'incapacité générale.

On fait remarquer que l'article 1398 du Code civil et le principe *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptiala* élargissent la capacité du mineur dans son intérêt personnel (2). Mais on peut aussi remarquer que ce n'est pas la capacité des mineurs de bénéficier d'un régime matrimonial qui est en jeu, car du moment qu'ils se marient, ils en auront nécessairement un. Il s'agit en réalité de leur capacité de disposer de la liberté prévue au sein du régime. Ce n'est rien d'autre qu'une limitation à la liberté des conventions matrimoniales qui doit ressortir à la loi même qui gouverne le régime. Cette loi dira qui dispose de la liberté et dans quelle mesure.

198. Dans *l'affaire Patino* et conformément aux conclusions de M. le Substitut Mazet, le Tribunal de la Seine a opté pour la loi personnelle dont la compétence, il est vrai, n'était pas contestée. Maria-Christina de Bourbon y Bosch Labrus, de nationalité espagnole, avait épousé, le 8 avril 1931, à Madrid, Antenor Patino, qui était, lui, de nationalité bolivienne. Ils avaient fait précéder leur union d'un contrat dans lequel ils se référaient à la loi bolivienne. Mais la future mariée était mineure et, comme elle n'avait pas eu une autorisation spéciale de ses parents, le contrat était nul au regard tant de la loi espagnole que de la loi bolivienne. Pourtant, en droit bolivien, la nullité était relative et l'action prescrite puisqu'exercée plus de dix ans après l'acte dont on invoquait, en outre, la confirmation. En droit espagnol, la nullité était considérée comme absolue. Les avocats de Mme Patino n'invoquaient pas la compétence de la loi du régime, ils reconnaissaient celle de la loi personnelle. Mais, selon eux, si l'incapacité elle-même devait être appréciée d'après la loi espagnole, loi nationale de Mme Patino au moment du contrat de mariage, les conditions d'exercice de l'action en nullité devaient être appréciées selon la loi bolivienne, loi nationale de l'incapable au moment de l'action.

Le tribunal a fort sagement considéré « qu'un contrat atteint de nullité absolue ne peut être validé par une loi étrangère qui deviendrait ultérieurement la loi nationale des contractants » et « que la loi, sous l'empire de laquelle un contrat a été passé peut seule déterminer le régime de sa nullité et les causes qui sont susceptibles de faire disparaître cette nullité ». On pourrait certes discuter cette dernière expression. En effet, le contrat de mariage avait été

(1) H. Batiffol, *Traité*, nos 641 et 665.
(2) H. Batiffol, *Traité*, no 641.

passé sous l'empire de la loi bolivienne et non de la loi espagnole compétente seulement en ce qui concerne la capacité de Mme Patino. Mais ce ne sont que les termes utilisés et non l'idée qui sont discutables.

Mais le Tribunal de la Seine déclarait, en outre, que le contrat était remplacé par le régime légal bolivien puisque les époux avaient entendu se soumettre à la loi bolivienne. Or le remplacement du contrat nul par le régime légal est un effet de la nullité. L'article 1318 du Code civil espagnol déclare : « Dans les cas où les conventions seraient nulles, parce qu'elles manqueraient du concours et de la signature des personnes sus-nommées (les parents), alors que le mariage serait valable conformément à la loi, on considérera que le mineur a contracté sous le régime de la société d'acquêts ». Or on écarte sur ce point la loi espagnole pour en revenir à la loi d'autonomie. Pourquoi n'en irait-il pas de même en ce qui concerne les règles relatives à la possibilité ou à l'impossibilité de confirmer l'acte nul, qui, au même titre que le remplacement par le régime légal, constituent un effet de la nullité ? La sanction fait corps avec la règle violée, mais ne consiste pas seulement dans la nullité du contrat de mariage, mais encore dans son remplacement par le régime légal. Le problème ressemble à celui que pose le mariage putatif que la Cour de cassation soumet à la loi de la nullité sans distinguer entre le principe et les effets (1) : la Chambre civile a déclaré que si le mariage était nul pour n'avoir pas répondu aux conditions de fond édictées par la loi française, c'est cette dernière qui devait également déterminer les conséquences de cette nullité et notamment si le mariage nul produit néanmoins ses effets civils au regard des époux (2). Nous avons admis que ces effets devraient être ce qu'ils auraient été si le mariage avait été valable, et qu'il faudrait les déterminer non d'après la loi de la nullité, mais d'après la loi des effets personnels et la loi du régime. Mais cette solution se fonde sur la référence que fait la loi de la nullité au mariage valable et dans l'hypothèse où la loi de la nullité déterminerait les effets de la putativité sans renvoyer au mariage valable, il faudrait suivre ses prescriptions (3). Or, en adaptant le raisonnement à la nullité du contrat de mariage, il faut observer que, dans l'espèce envisagée, la loi espagnole de la nullité ne déclare pas, d'une façon générale, que les conventions seront remplacées par le régime légal, mais précise que la société d'acquêts prendra leur place. D'ailleurs, n'y a-t-il pas contradiction à annuler un contrat, comme il a été fait, dans *l'affaire Patino*, parce que l'un des contractants était incapable et non assisté, et à lui permettre de choisir librement la loi applicable, de « faire un contrat tacite », sans même la pro-

(1) Cf. *supra*, nos 157-158.

(2) Cf., par exemple, Civ., 6 mars 1956, *J.C.P.*, 1956.9549, note A. Weill ; *Revue*, 1956.305, note Ph. Francescakis ; D., 1958.709, note Batiffol ; Civ., 8 janvier 1963, *Revue*, 1963.109, note G.H. ; D., 1963.341, note P. Malaurie.

(3) Cf. *supra*, nos 157-160.

tection de la forme ? Cette dernière remarque ne vaut bien sûr que dans le cadre de la théorie de l'autonomie et n'a plus de sens dans la mesure où celle-ci est éliminée au profit de la loi du centre des intérêts. Même si l'on n'en tient pas compte, il reste que la loi du régime devrait être évincée en faveur de la loi de la nullité, puisque le régime substitué au contrat ne l'est que par l'effet de la nullité de ce dernier.

199. Pourtant, si l'on substitue un régime au contrat nul, c'est à cause du principe selon lequel les époux sont nécessairement soumis à un régime matrimonial. A ce titre, la loi du régime a également vocation à régler les conséquences de la nullité : les époux sont soumis au régime légal, à moins qu'ils ne l'aient écarté par un contrat valable. La compétence de la loi du régime résulte de l'antériorité logique du régime par rapport au contrat. Celui-ci n'institue pas vraiment un régime, mais doit se contenter de modifier le régime existant dans la mesure de la liberté des conventions matrimoniales. Le contrat nul constitue un échec dans la tentative de modification. Le régime doit alors s'apprécier comme s'il n'avait pas été fait de contrat. La substitution du régime légal au contrat est donc le fait de la loi du régime. Mais alors on peut se demander s'il n'appartient pas aussi à celle-ci d'en régler la mise en œuvre. Le problème est celui du découpage de compétence entre la loi de la capacité et la loi du régime. La solution qui consisterait à ne soumettre à la loi de la capacité que la cause de la nullité et non son régime n'est pas moins artificielle que celle qui consiste à donner à la loi du régime le soin de déterminer le régime de substitution sans qu'elle ait à intervenir dans cette substitution.

Il est peut-être possible pourtant de surmonter la difficulté, en se référant d'abord à la loi du régime. Le contrat de mariage n'étant somme toute qu'une pièce d'un ensemble plus large, le régime matrimonial, on peut estimer que c'est la compétence de la loi du régime qu'il convient de retenir *a priori*. On se demandera si cette loi exige des futurs époux la capacité pour faire un contrat de mariage ou si elle donne à des catégories d'incapables la possibilité d'en faire un avec l'assistance de certaines personnes. La loi nationale, loi de la capacité, définira la capacité et l'incapacité, déterminera qui est capable ou incapable, mais non pas si des incapables peuvent faire un contrat de mariage. C'est la loi du régime qui établira dans quelle mesure la capacité est une condition de la validité du contrat de mariage. On part généralement du principe que la capacité est toujours exigée pour un contrat et qu'il s'agit seulement d'en déterminer le régime : on arrive donc tout naturellement à la compétence de la loi de la capacité. Mais si au lieu de prendre la nécessité de la capacité pour une évidence, on commence par se demander si cette condition est exigée et dans quelle mesure, cette compétence paraîtra moins évidente, car il s'agit bien d'une condition du contrat au même titre que le consentement. On dit

que la règle qui permet aux mineurs de consentir des conventions matrimoniales avec l'assistance de leurs parents élargit leur capacité et apparaît comme un simple aménagement de leur incapacité générale. N'est-il pas plus juste de dire que cette règle permet au mineur, quoique incapable, de faire un contrat de mariage, qu'elle ne met pas en cause son incapacité générale, mais supprime en sa faveur la condition de capacité ?

La compétence de la loi du régime aurait l'avantage d'assurer de façon plus complète encore l'unité du statut pécuniaire des époux. On ne peut, en effet, prétendre que la condition de la capacité est nécessaire à l'établissement du statut et qu'elle lui est par conséquent antérieure. Le statut existe indépendamment d'elle : la capacité n'est exigée, dans la mesure où elle l'est, que pour user du « cercle de liberté » tracé au sein du régime.

200. Mais, dans *l'affaire Patino*, les demandeurs n'ont pas mis en doute la compétence de la loi de la capacité et devant la Cour d'appel ils ont continué à soutenir que le changement du statut personnel avait eu pour effet de soumettre à une nouvelle loi la mise en œuvre de la sanction du défaut de capacité. La Cour de Paris, puis la Cour de cassation ont donc réaffirmé que les conditions de capacité nécessaires à la validité du contrat de mariage, la sanction de ces conditions ainsi que sa mise en œuvre sont soumises à la loi nationale de l'incapable (1). La Cour suprême a déclaré : « c'est par une exacte qualification que les juges du fond ont vu dans les règles habilitant un mineur à la conclusion d'un contrat de mariage une simple modalité de son incapacité générale de contracter ». Ce point de vue est d'ailleurs approuvé par la plupart des auteurs (2) et MM. Mazeaud restent isolés lorsqu'ils déclarent « que l'article 1389, quand il exige l'intervention des parents, n'édicte pas une règle qui se rattache à l'incapacité générale d'exercice du mineur » (3). On se fonde généralement sur l'idée que les règles spéciales habilitant le mineur à consentir des conventions matrimoniales sont édictées dans son seul intérêt. M. Motulsky objecte que la nullité qui sanctionne le défaut de cette condition étant absolue en droit positif français, la jurisprudence admet une interférence de l'intérêt général ou du moins de l'intérêt des tiers. On peut relever qu'à

(1) Cf. Trib. civ. Seine, 17 octobre 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9688 ; *Gaz. Pal.*, 1957.I.42, conclusions Mazet ; Paris, 1er juillet 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11214, conclusions Combaldieu ; *Clunet*, 1960.428, note A. Ponsard ; D., 1959.455, note Ph. Malaurie ; *Gaz. Pal.* 1959.II.200 ; Civ., 15 mai 1963, *J.C.P.*, 1963.II., 13366, note H. Motulsky ; *Clunet*, 1963.996, note Ph. Malaurie ; *Gaz. Pal.* 1963.II.41 ; *Bull.*, I, n° 257, p. 218 ; *Revue*, 1964.506, note P. Lagarde.

(2) Cf. H. Batiffol, *Traité*, n° 641 ; A. Ponsard, note sous Paris, 1er juillet 1959, *Clunet*, 1960.428 ; Ph. Malaurie, note sous le même arrêt D., 1959.455 ; P. Lagarde, note sous Civ., 15 mai 1963, *Revue*, 1964.506.

(3) H., L. et J. Mazeaud, *Leçons*, t. IV, n° 62, p. 70.

tout le moins une autre personne est directement intéressée : c'est le conjoint (1).

L'hésitation est donc permise et il n'est pas sûr qu'on n'ait pas trop vite écarté la compétence de la loi du régime.

§ 2. — Forme et publicité

201. On n'a jamais même envisagé de soumettre les conditions de forme à la loi du régime. La détermination de la loi compétente ne prête d'ailleurs guère à contestation. L'adage *locus regit actum* n'est pas plus discuté en matière de contrat de mariage que pour les autres actes juridiques (2). Valéry y voyait une application de l'article 170 du Code civil (3). Ce dernier concernant l'acte de célébration du mariage étendrait son empire aux conventions matrimoniales qui n'en seraient que l'accessoire. Cette explication est inutile, puisque de toute façon, la règle *locus regit actum* a une portée beaucoup plus générale. L'on s'entend de même sur son caractère facultatif (4). Toute la difficulté consiste à distinguer le fond de la forme.

A. — Le caractère solennel du contrat de mariage.

On a soutenu que le caractère solennel du contrat de mariage n'est pas une condition de forme, mais bien une exigence de fond affectant la substance de l'acte (5). Laurent en tire cette distinction : « C'est toujours la loi du lieu qui détermine la forme de l'authenticité, lorsque le contrat solennel doit être reçu en la forme authentique. Quant à la nature de la solennité, elle dépend de la loi qui règle les conditions requises pour l'existence des contrats solennels » (6) Il relève une différence fondamentale entre le contrat de mariage et les autres contrats solennels. La solennité de ces derniers dépend,

(1) Depuis la loi du 13 juillet 1965 et l'adjonction d'un deuxième alinéa à l'article 1398 C. civ., il semble pourtant bien s'agir d'une nullité relative : l'annulation ne peut plus être demandée que dans l'année qui suit la majorité du mineur et seulement par ce dernier ou par les personnes dont le consentement était requis.

(2) Cf. déjà Civ., 11 juillet 1855, S., 1855.I.699 ; D., 1856.I.9 ; Req., 24 décembre 1867, S., 1868.I.134.

(3) J. Valéry, *Manuel*, n° 785.

(4) Cf. A. Weiss, *Traité*, t. III, p. 623 ; A. Chausse, *Revue* 1887.282 ; F. Despagnet, *Précis*, n° 330 ; Douai, 13 janvier 1887, *Clunet*, 1887.57 ; D., 1887. II.121, note Ch. de Boeck ; Trib. civ. Seine, 29 novembre 1904, *Clunet*, 1905.187 ; article 6, Convention de La Haye (donne le choix entre la loi locale et la loi nationale des deux époux). *Contra* cependant : J. Valéry, *Manuel*, n° 788 ; Req., 9 mars 1853, S., 1853.I.274 ; Code Bustamante, article 189.

(5) De même pour la donation. Pour d'autres actes solennels, le Code civil règle la question : art. 170 pour le mariage, art. 999 pour le testament, art. 2128 pour l'hypothèque.

(6) F. Laurent, *Droit civil international*, t. II, n° 241.

selon l'auteur, de la loi du lieu où les biens sont situés, alors que celle des conventions matrimoniales dépend de la loi personnelle ou nationale des futurs époux, et s'ils sont de nationalités différentes, de la loi du mari, puisque la femme en se mariant suit sa nationalité. Ce régime particulier trouverait son explication dans l'intérêt social. Le contrat de mariage forme un pacte entre deux familles et gouverne les relations pécuniaires des époux ainsi que celles qu'ils auraient avec des tiers, pendant toute la durée du mariage. « Les clauses de ce contrat sont d'une difficulté telle, que les jurisconsultes sont parfois embarrassés pour en déterminer la nature et les effets ; il fallait donc y faire intervenir un homme de loi » (1).

La question a été débattue en 1927, lors des travaux préparatoires de la Session de Lausanne de l'Institut de Droit international (2). « D'une manière générale, estimait Weiss, la loi du lieu de l'acte peut dispenser cet acte de la forme authentique, même exigée à peine de nullité par la loi qui régit sa substance, cela revient à dire que la règle *locus regit actum* n'est pas sans application aux actes solennels » (3). Audinet le rejoignait dans cette opinion, tandis que d'autres auteurs, Rolin et Poullet, voulaient faire dépendre l'exigence de l'authenticité de la loi personnelle des époux. Plus spécialement en matière de contrat de mariage, les partisans de l'application de la règle *locus regit actum* disent que la compétence de la loi locale, en ce qui concerne les formes du mariage, n'est pas contestée et qu'il « semblerait contradictoire de se montrer plus rigoureux pour la convention relative aux biens, accessoire du contrat qui unit les personnes » (4). Mais Rolin a répondu à cet argument que, dans le premier cas, la liberté du mariage est en cause, alors que, dans le second, au cas où les contractants seraient dans l'impossibilité de se soumettre à la forme authentique, ils ne seraient pas pour autant privés de régime matrimonial, celui-ci étant réglé par la loi.

En vérité, il n'existe pas de raisons décisives de dissocier l'exigence de l'authenticité des autres règles de forme. La règle *locus regit actum* se justifie par « la nécessité internationale de permettre à la personne d'accomplir en tous lieux les actes de la vie juridique » (5). Cette nécessité, quoiqu'en laisse supposer Rolin, vaut aussi bien pour les contrats solennels. L'Institut de Droit international s'est finalement rallié à l'opinion de Weiss et d'Audinet : « La loi qui régit l'acte dans sa substance peut imposer, mais seule-

(1) F. Laurent, t. II, n° 241 ; cf. également J. P. Niboyet, *Manuel*, 2e éd., n° 537.

(2) A. Rolin, Rapport, *Ann. Inst. Dr. Int.*, 33.II.875.

(3) Cf. *Ann. Inst. Dr. Int.*, 33.II.875 et s.

(4) Cf. E. Audinet ; *Ann. Inst. Dr. Int.*, 33.II.875 et s. ; cf. également A. Pillet, *Principes*, nos 258-259, *Traité pratique*, t. II, n° 623 ; A. Weiss, *Traité*, t. III, p. 111 et 112 ; F. Bayssat, thèse, p. 175 ; F. Surville, *Cours*, n° 191 ; E. Audinet, *Recueil*, n° 40, 1932.II.276.

(5) A. Weiss, *Traité*, t. III, p. 111 et 112.

ment par une disposition expresse, l'authenticité, même s'il est accompli en pays étranger où la forme authentique n'est point requise» (1). Cette règle doit s'interpréter comme permettant aux futurs époux de contracter par acte sous seing privé, selon la forme locale, alors même que la loi personnelle ou la loi du régime exigent l'authenticité. Il faut cependant que ces dernières n'aient pas expressément précisé que l'exigence de l'authenticité s'impose même aux futurs époux contractant à l'étranger. Cette réserve, déjà prévue par Audinet et par Weiss, n'est cependant guère logique. Les règles expresses auxquelles il est fait allusion sont de véritables règles de conflit qui font exception à la règle *locus regit actum*. On comprend qu'elles s'imposent aux juges du pays qui les a édictées, puisqu'elles font partie du système de rattachement du for. Mais le juge d'un autre pays n'en tiendra pas compte et leur préfèrera ses propres règles de conflit.

Aujourd'hui, presque tous les auteurs se prononcent en faveur de la loi de la forme, sans plus tenir compte de l'exception admise par l'Institut de Droit international, et la controverse paraît quelque peu périmée (2). Il faut pourtant réserver l'hypothèse de la fraude, celle où des Français vont à l'étranger à seule fin d'échapper à l'exigence de l'authenticité.

La jurisprudence pour sa part est fixée depuis longtemps : les époux ont le choix entre la forme locale et celle de leur loi personnelle, même si la loi retenue les dispense de l'authenticité qu'exige l'autre (3). Cette solution, outre qu'elle facilite les rapports internationaux, a le mérite de la simplicité.

B. — La date du contrat.

203. L'exigence de la forme authentique est posée en droit français par l'article 1394 du Code civil. Cet article décrète aussi que les conventions doivent être passées avant le mariage. On s'est demandé s'il s'agissait là encore d'une prescription de forme ressortissant à la loi locale (4). En réalité, cette question de date se confond avec celle de l'immutabilité. Une fois admis que les époux sont nécessairement soumis à un régime matrimonial, il faut analyser la possibilité qui leur est donnée dans certaines législations de ne faire un contrat qu'après la célébration du mariage, comme une

(1) *Ann. Inst. Dr. Int.*, 33.III, p. 335, II-VI.

(2) Cf. H. Batiffol, *Traité*, n° 582 ; P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, n° 314 ; P. Arminjon, *Précis*, t. II, n° 59 ; A. Huet, *Les conflits de lois en matière de preuve*, 1965, n°s 82 à 89, p. 102 à 113.

(3) Paris, 11 mai 1816, S., 1817.II.10 ; *Précis*, 22 novembre 1828, S., 1829. II.77 ; Req., 12 juin 1855, S., 1856.I.20 ; D., 1855.I.389 ; Req., 18 avril 1865, D.P., 1865.I.342 ; S., 1865.I.317 ; Douai, 13 janvier 1887, *Clunet*, 1887.57 ; Trib. civ. Seine, 11 juin 1896, *Clunet*, 1896.870. En Belgique : Cass. belge, 28 mai 1925, *Clunet*, 1926.1054.

(4) Pour l'affirmative : Troplong, *Du contrat de mariage*, I, art. 1394, n° 179 ; Mailher de Chassat, *Des statuts*, n°s 99 et 191.

permission de changer contre un régime conventionnel le régime légal auquel ils étaient soumis dès la célébration du mariage. Or si la Cour de cassation a soumis un temps le principe de l'immutabilité à la loi de la forme, il est très vite apparu qu'elle s'était fondée sur une apparence trompeuse : depuis un arrêt de la Chambre des requêtes du 4 juin 1935, la jurisprudence, approuvée par la plupart des auteurs, se prononce fermement en faveur de la compétence de la loi du régime (1).

C. — Les formalités de publicité.

204. On a souvent confondu les règles de forme et les règles de publicité. Il est vrai que dans les deux cas il s'agit de formalités et que la compétence impérative de la loi du régime est à exclure dès l'abord.

Mais la règle *locus regit actum* vaut-elle pour la publicité ? On l'a soutenu (2). Mais peut-être l'a-t-on fait seulement par une confusion de vocabulaire. On peut, en effet, douter que M. Caleb fasse vraiment application de la règle lorsqu'il déclare : « Les étrangers qui se marient en France et y font rédiger leur contrat de mariage, le publieront comme les Français, en se conformant à la loi du 10 juillet 1850 et aux articles 67 à 69 du Code de commerce, s'ils sont commerçants. Inversement, on ne peut pas imposer aux Français qui contractent à l'étranger l'obligation de publier leurs conventions matrimoniales dans les formes françaises en en faisant faire mention dans l'acte constatant le mariage, alors qu'ils se trouvent dans un pays où cet acte ne comporte pas cette formalité » (3). Il est constaté que la publicité, d'après la loi française, est liée de façon indissociable, à l'acte de mariage : elle dépendra donc nécessairement du lieu où est célébré le mariage. Mais, si la loi du lieu de l'acte est compétente, ce n'est pas cependant celle du lieu de l'acte en cause, c'est-à-dire du contrat de mariage, mais bien celle du lieu de célébration du mariage lui-même. Et même, en droit français, la publicité particulière prévue pour les commerçants doit être faite au greffe du Tribunal de commerce par tout commerçant s'établissant dans le ressort, quel que soit le lieu de son mariage. Cette publicité n'est pas seulement exigée des commerçants qui se sont mariés en France. Niboyet rangeait les lois sur la publicité

(1) Cf. *supra*, nos 172 à 181.

(2) M. Caleb, Vo *Communauté conjugale*, no 158, in *Répertoire* ; F. Surville, *Cours*, no 365 ; Ch. de Boeck, note sous Douai, 13 janvier 1887, D.P., 1887.II. 121 ; cf. Rennes, 4 mars 1880, S., 1881.II.268 ; *Clunet*, 1881.153 ; D., 1881.II.210 (cassé par Civ., 27 février 1883, S., 1884.I.185).

(3) Cf. pourtant Douai, 13 janvier 1887, *Clunet*, 1887.57 ; *Gaz. Pal.*, 1887.I. 259, note L. Beauchet ; D., 1887.II.121, note Ch. de Boeck. La Cour non seulement fait état de la règle *locus regit actum*, mais encore la déclare facultative, de sorte que des Anglais se mariant en France et y faisant leur contrat de mariage sous la forme anglaise, ne sont pas impérativement soumis à nos règles de publicité.

du contrat de mariage parmi les lois dites de police (1). Pillet faisait de même, qui préférait pourtant les dénommer « lois d'ordre public » (2). M. Batiffol fait remarquer que « les formalités de publicité ont un caractère procédural qui lie leur champ d'application à la compétence des officiers publics » (3). Il faut déduire une première règle de cette constatation : les contractants ne doivent dans un pays donné être astreints qu'à la publicité prévue par la législation de ce pays. Cette règle paraît évidente. Néanmoins, il s'y attache une conséquence précise : c'est qu'il est vain de vouloir déterminer un principe général de rattachement valable pour toutes les formalités de publicité. La loi applicable dépend de la nature de chaque formalité. Une deuxième règle, non moins évidente, sera que les contractants ne seront astreints aux formalités de publicité d'un Etat que dans la mesure où les conditions seront réunies qui permettent de les accomplir, au moment où elles doivent l'être. Le plus souvent, il faudra soit que les contractants se trouvent dans l'Etat qui édicte la formalité au moment où elle doit être accomplie, soit qu'ils fassent dans cet Etat l'acte auquel est lié la publicité. Ainsi, lorsque la publicité consiste en une déclaration à l'officier d'état civil lors de la célébration du mariage (4), tous ceux qui se marieront dans l'Etat qui la prévoit, devront s'y conformer, à moins que la célébration se fasse devant un agent diplomatique ou consulaire. L'article 1394, alinéa 2, du Code civil français édictant que le notaire doit délivrer un certificat indiquant la date du contrat aux futurs époux qui le remettront à l'officier d'état civil, on s'est demandé si des époux étrangers se mariant en France, mais ayant passé leur contrat devant un agent diplomatique ou consulaire de leur pays ou par acte sous seing privé, sont soumis à la publicité prévue par l'article 75, étant donné qu ils ne disposeront pas du certificat prévu. L'on a répondu que « l'essentiel de la publicité est l'enregistrement de la déclaration des parties dans l'acte de mariage » (5). Lorsque la publicité consiste en une inscription du contrat dans un registre des régimes matrimoniaux (6), elle doit s'imposer à tous ceux qui font leur contrat dans l'Etat qui la prescrit.

205. La loi qui impose la publicité est également compétente pour en édicter la sanction. Mais une question se pose : pourra-t-on en France se prévaloir de l'absence d'une formalité de publicité qui aurait dû être accomplie à l'étranger ? Elle revient à se demander

(1) A. PILLET, « De l'ordre public en droit international », *Mélanges Sirey*, 1929, t. I, p. 407.
(2) J. P. NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1117.
(3) H. BATIFFOL, *Traité*.
(4) Cf. en France et en Belgique.
(5) PLANIOL et RIPERT, *Traité*, t. VIII, n° 105-2° ; cf. aussi H. BATIFFOL, *Traité*, n° 643 et note 34.
(6) Cf. Allemagne, Suisse, Pays-Bas, Danemark, Suède, Norvège...

si les règles de publicité valent uniquement pour les Etats dans lesquels elles sont prescrites. En effet, on peut penser que ces règles n'ont pas pour objet d'assurer la publicité du contrat au-delà des frontières de l'Etat qui les édicte. Les tiers qui contractent en France avec une personne qui s'est mariée à l'étranger doivent savoir « qu'ils ne peuvent traiter en toute sécurité avec elle que dans les cas où elle leur produit le contrat de mariage » (1). Si l'on admet que les règles de publicité étrangères et leurs sanctions produisent effet en France, et qu'elles prévoient, à défaut de publicité, l'inopposabilité des clauses dérogeant au droit commun, il faudra encore déterminer de quel droit commun, français ou étranger, on tiendra compte.

Un jugement du Tribunal de la Seine a fait intervenir la notion d'ordre public pour déclarer inopposable un trust anglais en France : « On est amené à envisager le principe d'ordre public du défaut de publicité du *trust* Bett Brown ... La jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour restreindre l'application du statut personnel des étrangers résultant, notamment, de leur contrat de mariage, lorsqu'il n'a pas été tenu compte des formalités de publicité en vigueur au lieu où ils entendent s'en prévaloir et l'opposer aux tiers » (2). C'est aller loin : tous les contrats d'époux mariés à l'étranger deviendraient alors inopposables en France, étant donné qu'ils ne pouvaient se soumettre aux prescriptions de la loi française. Pour Niboyet, « si l'insuffisance de la publicité du contrat de mariage, organisée par la loi étrangère, est de nature à occasionner aux tiers en France un préjudice, dans ce cas il y a lieu de considérer que l'article 1391, avec sa formule, capable de *contracter dans les termes du droit commun*, affecte un caractère d'ordre public, grâce auquel on peut évincer la loi étrangère et rendre, dans cette mesure, les conventions matrimoniales inopposables » (3). Mais est-il nécessaire de prévoir une telle réserve ? Les tiers dans le doute ne peuvent-ils pas exiger qu'on leur donne connaissance du contrat de mariage et, s'ils n'y songent pas, penseront-ils davantage à s'enquérir des formalités de publicité ? Si cette dernière était bien organisée en France même et réellement efficace, peut-être à la rigueur pourrait-on envisager l'intervention de l'ordre public. Mais, la publicité en France, telle qu'elle est organisée, n'avertissant que de l'existence d'un contrat et non de son contenu, ne constitue pour les tiers qu'une mise en garde ; il est légitime de penser que ceux-ci sont

(1) F. Surville, *Cours*, n° 365.

(2) Trib. civ. Seine, 23 février 1927, *Revue*, 1927.263.

(3) J. P. Niboyet, *Traité*, t. IV, n° 1117. L'article 1391 a été modifié par la loi du 13 juillet 1965. Le nouvel article 1394, alinéa 3, qui remplace sur ce point l'ancien article 1391, alinéa 4, ne reprend pas textuellement la formule que cite Niboyet, mais déclare : « ... les époux seront, à l'égard des tiers, réputés mariés sous le régime de droit commun, à moins que dans les actes passés avec ces tiers, ils n'aient déclaré avoir fait un contrat de mariage ». L'argumentation de Niboyet n'en prend que plus de poids.

suffisamment mis en garde par le seul fait que le mariage a été célébré à l'étranger.

Il est regrettable que, sur le plan international, alors qu'il s'agit très souvent de régimes étrangers mal connus en France, la protection de la publicité soit somme toute purement illusoire. Mais les règles de conflit sont impuissantes en la matière. Le problème ne pourrait trouver une solution que dans une unification des législations internes en matière de publicité du contrat de mariage et dans une coopération internationale. Si tous les pays adoptaient, par exemple, le système du registre matrimonial (1), il deviendrait facile de prendre connaissance d'une publicité même faite à l'étranger et il deviendrait parfaitement admissible que des tiers se prévalent en France de l'absence d'une formalité qui aurait dû être effectuée à l'étranger.

206. On ne se poserait plus la question de savoir à quelle publicité doit être soumise la modification conventionnelle d'un régime réalisée dans un pays d'immutabilité. La publicité de la séparation de biens judiciaire ne susciterait guère plus de problèmes.

La Cour suprême avait eu à statuer, en 1892, sur l'opposabilité en France d'un jugement de séparation de biens rendu à l'étranger (2). Elle avait à cette occasion cassé un arrêt de la Cour de Paris qui avait admis l'opposabilité du jugement (3). La Cour d'appel avait tenu le raisonnement suivant : « il est de principe que l'état et la capacité des personnes sont régis par la loi de leur nationalité, et que, en ce qui touche l'état et la capacité, les jugements rendus à l'étranger peuvent être invoqués en France sans qu'il y ait lieu de demander une décision d'*exequatur* ». La Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur cette argumentation à laquelle on pouvait pourtant objecter que la séparation de biens n'est ni une question d'état, ni une question de capacité des personnes (4). Mais elle a posé en principe « que les jugements qui prononcent une séparation de biens ne sont susceptibles d'aucune exécution en France, soit volontaire, soit forcée, qu'après y avoir été rendus publics, conformément à l'article 1445 du Code civil ; que cette règle établie dans l'intérêt des tiers, est générale ; qu'elle doit être appliquée non seulement au cas où le jugement émane d'un tribunal français, mais encore au cas où la séparation a été prononcée par une juri-

(1) Sur un essai d'introduction en France du système du registre matrimonial : D. Bastian et A. Weill, « Une tentative d'unification législative entre le droit français général et le droit local d'Alsace et de Lorraine : le registre matrimonial », *Etudes juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière*, 1965, p. 23.

(2) Civ., 19 décembre 1892, D.P., 1893.I.89, rapport Faure-Biguet ; S., 1893. I.369, note A. Pillet.

(3) Trib. civ. Seine, 3 août 1887 et Paris, 23 février 1888, D.P., 1888.II.263.

(4) De nombreux auteurs auraient pourtant estimé que les jugements de séparation de biens à l'instar des jugements de divorce et de séparation de corps ont l'autorité de chose jugée sans *exequatur* en France. J. Perroud, in *Répertoire*, V° *Décisions judiciaires*, n° 62.

diction étrangère, lorsque les époux, étrangers eux-mêmes, mais mariés en France sous le régime de la loi française, entendent opposer aux tiers la validité d'une exécution opérée sur des effets de communauté situés en France» (1). En l'espèce, le contrat de mariage et la célébration avaient eu lieu en France et la Cour suprême insiste sur ces faits. On peut donc supposer que si le mariage avait été célébré à l'étranger, la publicité de l'article 1445 du Code civil n'eût pas été nécessaire : doit-on en conclure que la publicité de la séparation de biens judiciaire est exigée en France, chaque fois que le contrat lui-même a fait l'objet d'une publicité en France (2) ? Pour de Boeck, la publicité de l'article 1445 serait requise chaque fois que les jugements ont eu à statuer selon la loi française, autrement dit chaque fois que la séparation de biens est prononcée à propos d'un régime matrimonial français (3). Ainsi la publicité dépendrait de la loi du régime. Cette position est contestable, d'autant que pour de Boeck il n'en irait ainsi que de la publicité concernant la séparation de biens judiciaire et non pas de celle qui concerne la publicité du régime en son état originel.

Pillet qui approuvait l'exigence de la publicité faisait pourtant observer que la Cour de cassation eût mieux fait de soumettre le jugement étranger à l'*exequatur* : la question de la publicité ne se serait plus posée alors (4). La condition de l'*exequatur* ne serait-elle pas de nature à rendre vaines toutes les distinctions et toutes les subtilités, non seulement dans l'espèce portée devant la Cour de cassation comme le pensait Pillet, mais en général ? M. Loussouarn fait remarquer que les jugements devenant français par l'*exequatur* seraient « tout naturellement soumis aux formalités françaises» (5). Mais, si l'*exequatur* est exigé pour les jugements dont on demande l'exécution en France, il n'en va pas de même si l'on se contente de se prévaloir du jugement comme d'un titre. La question de la publicité du jugement de séparation se pose alors sans que l'*exequatur* puisse servir de prétexte à le soumettre aux formalités françaises. Cette hypothèse s'est trouvée réalisée dans une espèce dont eut à connaître la Cour d'Aix (6).

En 1950, un débiteur essaya d'opposer à une demande en paiement le défaut de qualité de la demanderesse. Celle-ci avait agi sans le concours de son mari et sans avoir demandé autorisation de justice. Un jugement du Tribunal de Bruxelles avait prononcé entre elle et son conjoint la séparation de biens, mais le défendeur soutenait que ce jugement ne pouvait produire effet en France, n'y ayant pas

(1) Cf. également Trib. civ. Pontarlier, 30 janvier 1895 et Besançon, 13 mars 1895, D.P., 1895.II.529, note Ch. de Boeck.

(2) Ou, bien entendu, le régime légal et même lorsqu'il s'agit de la publicité particulière aux commerçants, qui n'est pas liée à la célébration du mariage.

(3) Ch de Boeck, note sous Besançon, 13 mars 1895, D.P., 1895.II.529.

(4) A. Pillet, note sous Civ., 19 décembre 1892, S., 1893.I.369.

(5) Y. Loussouarn, note sous Aix, 28 mai 1951, *Revue*, 1952.515.

(6) Aix, 28 mai 1951, *Revue*, 1952.515, note Y. Loussouarn.

été publié conformément aux articles 1444 et 1445 du Code civil et 872 du Code de procédure civile. La Cour d'Aix avait donc l'occasion de revenir sur le problème de publicité en France des jugements étrangers de séparation de biens. Mais, pour rejeter l'exception elle s'est fondée essentiellement sur le défaut d'intérêt du débiteur de la femme à la nullité de la séparation de biens et sur la constatation que la sanction de l'absence de publicité réside dans la nullité de l'exécution et non du jugement lui-même. Pourtant, elle a évoqué le problème, mais sans vraiment se prononcer. « Attendu, déclarait-elle, que, s'il est unanimement admis que les jugements étrangers de séparation de biens concernant les Français ne sont susceptibles d'être exécutés en France que lorsqu'ils ont été rendus publics, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de jugements étrangers concernant des étrangers et rendus conformément à leur loi nationale ». Et elle constatait que, dans ce dernier cas, la jurisprudence et la doctrine sont partagées.

§ 3. — Le contenu du contrat : les clauses indépendantes du régime matrimonial

207. Le contrat de mariage a, en principe, pour objet de fixer cette part du régime matrimonial qui est laissée à la volonté des futurs époux. Mais il est admis d'y insérer toutes sortes de conventions étrangères au régime : reconnaissances de dettes, baux, ventes, constitutions d'hypothèques, donations, institutions contractuelles, reconnaissances d'enfant naturel. Ces conventions peuvent lier les époux entre eux ou encore les époux ou l'un d'eux à des tiers. Il s'agit de savoir si la loi du régime gouvernera ces conventions du fait qu'elles sont insérées dans le contrat de mariage : pour la délimitation du domaine de la loi du régime, doit-on tenir uniquement compte de la définition du régime matrimonial et décider qu'elle ne gouvernera que les clauses concernant le régime ou doit-on, au contraire, admettre que, ces conventions se coulant dans le moule du contrat de mariage, la loi applicable à ce contrat le leur sera également ? Faut-il préférer un critère matériel ou un critère formel ?

La jurisprudence est pauvre en la matière. En 1882, la Cour de cassation a eu à statuer sur un litige concernant la donation fait par un père de famille étranger à son fils né et résidant avec lui en France (1). Le donateur avait pris l'engagement dans le contrat de mariage de son fils de ne faire aucun avantage à ses autres enfants. Cette promesse d'égalité, valable selon le droit français, était nulle d'après la loi personnelle de l'étranger. Le conseiller Demangeat prit en considération deux qualifications possibles : la clause concernait la succession mobilière d'un étranger, mais il s'agissait aussi d'un contrat. Si le caractère successoral avait pu l'emporter, la loi

(1) Req., 20 février 1882, D.P., 1882.I.119 ; S., 1882.I.145, note J. E. Labbé.

étrangère aurait été compétente, la succession mobilière d'un étranger n'étant à l'époque régie par la loi française qu'autant qu'il avait établi son domicile en France dans les conditions de l'article 13 du Code civil. Mais Demangeat recommanda de donner la préférence au caractère contractuel et la Chambre des requêtes le suivit sur ce terrain, de sorte que l'on fit application de la loi d'autonomie et qu'on donna compétence à la loi française. Il ne fut pas expressément précisé si le caractère contractuel l'emportait parce que la clause figurait dans un contrat de mariage ou à cause de sa nature, indépendamment de son insertion dans les conventions matrimoniales. En l'espèce, la solution eût de toute façon été la même puisque la loi d'autonomie était compétente dans les deux cas, encore que, théoriquement, le choix des contractants eût pu se porter sur des lois différentes, selon qu'il s'agissait du régime matrimonial ou de l'institution contractuelle.

Mais il ne fait pas de doute, selon la jurisprudence actuelle, que, considérée de façon indépendante, la promesse d'égalité relève de la loi successorale (1). Au surplus, d'autres clauses, telles que la reconnaissance d'un enfant naturel, n'auraient pas permis, même à l'époque, d'esquiver la question. Il est donc nécessaire de décider si la clause se fond dans le régime et si la loi qui gouverne ce dernier s'imposera de même à la clause.

208. Le 2 avril 1884, la Chambre civile appliqua la loi successorale à une institution contractuelle stipulée par un père en faveur de sa fille dans le contrat de mariage de cette dernière (2). Le 7 mai 1924, la Chambre des requêtes décida que la validité de la donation faite au mari, dans le contrat de mariage, de toute la quotité disponible que la femme laisserait à son décès devait s'apprécier selon la loi successorale (3).

Dans aucune de ces deux espèces, la compétence de la loi du régime n'a seulement été envisagée. Il est donc bien sûr que le fait pour des clauses d'être insérées au contrat de mariage ne les soumet pas pour autant à la loi du régime. Tous ces cas, cependant, concernent l'institution contractuelle. En ira-t-il de même des autres conventions qui peuvent se faire par contrat de mariage ? En droit interne, les « actes et conventions, qui ne se trouvent que matériellement reliés au contrat de mariage, restent en général soumis aux règles du droit commun ... La nullité du contrat de mariage n'entraîne pas celle de ces actes si les conditions de leur validité propre se trouvent réunies, ni leur nullité celle du contrat de mariage, à moins que l'intention contraire des parties soit établie » (4). Si cette indé-

(1) Cf. en matière d'institution contractuelle : Y. Loussouarn, « Donations et testaments », *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 557 *b*, n° 66 et les références citées.

(2) Civ., 2 avril 1884, *Clunet*, 1885.77 ; D.P., 1884.I.277, note L. Renault ; S., 1886.I.121.

(3) Req., 7 mai 1924, D.H., 1924.389.

(4) Aubry et Rau (7e éd.), t. VII par P. Esmein, § 501, n° 297.

pendance est consacrée en droit interne, il n'y a pas de raison qu'il n'en soit pas également ainsi en droit international privé.

Pourtant, dans la mesure où il s'agira de conventions soumises à la loi d'autonomie ou à la loi de la localisation des intérêts tout comme le contrat de mariage, la loi de la convention annexe se confondra souvent en fait avec la loi du régime. Si l'on se réfère à la volonté des parties, il se peut cependant qu'elle soit différente pour la convention et pour le régime, d'autant que toutes les parties ne seront pas toujours les mêmes. Mais les intérêts relatifs au régime et ceux relatifs à la convention peuvent-ils se localiser différemment ? Sans doute, puisqu'on ne tiendra pas compte des mêmes éléments de localisation. Ainsi, par exemple, pour un bail, on tiendra compte essentiellement de la situation de l'immeuble. Or les époux ne s'installeront pas nécessairement dans cet immeuble et ne fixeront pas toujours au lieu où il est situé le siège de leur vie. Le bail peut avoir été passé dans une toute autre intention (1), il peut aussi n'avoir pas été concédé aux époux, mais par eux ou par l'un d'eux.

On peut, cependant, se demander ce qui se passerait si une législation édictait une règle interdisant de stipuler dans un contrat de mariage d'autres clauses que celles relatives au régime ou simplement une convention déterminée. Une telle règle, empêchant seulement d'adopter ces clauses dans un contrat de mariage, mais permettant de les stipuler dans un autre acte, devrait être interprétée comme concernant la forme.

(1) Et, par exemple, pour faire de l'immeuble une résidence provisoire ou un lieu de vacances.

TITRE II

LES LIMITES DU DOMAINE DE LA LOI DU RÉGIME, DE LA LOI PERSONNELLE ET DU STATUT DES BIENS

209. Toutes les règles qui ont pour objet premier l'organisation des relations pécuniaires des époux dépendent de la loi du régime. Cette définition du domaine de la loi suppose l'existence d'un régime quelle que soit la législation applicable et commande donc une vue large de l'institution. Elle prend un sens véritable seulement si l'on admet que les grands principes qui forment en quelque sorte le moule de l'institution, ainsi que leurs limites sont compris dans le domaine de la loi du régime. Un lien matériel ou formel avec le régime matrimonial ne suffit donc pas à rattacher des règles ou des clauses à son empire auquel seul leur objet peut les soumettre. En bref, le domaine de la loi du régime est exclusivement déterminé par l'objet des règles. Encore faut-il savoir quelles règles ont un tel objet.

Il ne suffit pas, en effet. qu'elles aient des incidences sur les relations pécuniaires des époux. Il ne s'agit pas non plus de s'interroger sur les intentions du législateur qui a pu poursuivre en édictant les règles des fins lointaines : la paix des ménages, par exemple, par l'intermédiaire d'une règle à caractère pécuniaire. Même au cas où l'ingérence dans les relations pécuniaires n'est qu'un moyen, elle ressortira à la loi du régime si elle est directe. Mais on peut se demander à quelle condition une ingérence peut être considérée comme telle. Si l'on répond qu'elle l'est chaque fois que les règles dont elle résulte affectent au premier chef les relations pécuniaires, l'on n'aura fait que retourner la question. Il convient donc de déterminer quelles sortes de règles étrangères au régime peuvent néanmoins affecter ces relations. Or le régime matrimonial est encore communément appelé « régime des biens des époux ». Cette appellation fournit la réponse : en effet, les règles concernant les époux peuvent se rapporter d'abord à leurs relations pécuniaires et influen-

cer néanmoins leurs relations personnelles, et réciproquement elles peuvent régir d'abord ces dernières et cependant toucher à leurs relations pécuniaires. D'autre part, si le régime matrimonial gouverne le sort des biens des époux, ceux-ci n'échappent pas pour autant à la réglementation commune des biens. Or une législation peut attacher certaines conséquences à la qualité d'époux au sein de l'organisation foncière. Il s'agit alors d'aménagements particuliers au régime général des biens. Ils ne peuvent être séparés de celui-ci pour être rattachés à une autre loi.

Du régime général des biens, il convient de rapprocher le droit des successions. Ce rapprochement n'est pas artificiel puisque la loi réelle gouverne les deux matières. On prétend, il est vrai, que c'est en réalité le statut des faits juridiques qui s'applique aux successions mobilières. Mais la question n'est pas là : le droit successoral peut faire du conjoint un héritier ; c'est alors une conséquence qu'il attache à la qualité d'époux. Bien qu'il s'agisse d'effets pécuniaires, ils ressortissent à la loi successorale et non à la loi du régime. Encore faut-il faire la part de ce qui revient au conjoint au titre du régime et à celui de la succession.

Ainsi donc, si le principe selon lequel doit être déterminé le domaine de la loi du régime est simple, par suite de la complexité des règles, son application pratique suscite de nombreux problèmes de qualifications. Etant donné la variété des dispositions contenues dans les différentes législations, on ne peut tous les envisager. Mais des exemples tirés du droit interne français, ainsi que des institutions étrangères qui ont occasionné des conflits de lois en France, permettront de dégager une méthode de solution. Souvent, le problème se posera de savoir s'il convient de préférer la loi du régime à la loi personnelle. Dans d'autres cas, il s'agira de délimiter la compétence de la loi réelle ou de la loi successorale par rapport à la loi du régime.

CHAPITRE I

LOI DU RÉGIME ET LOI PERSONNELLE

Bien entendu, la loi du régime détermine les effets du mariage sur la composition des patrimoines des époux, elle décide de même de la gestion de ces patrimoines (1). En effet, il s'agit là de la base même du régime matrimonial. Avec les lois du 13 juillet 1965, la notion de « régime patrimonial primaire » s'est implantée en droit français. On aurait pu se demander si, de façon générale, ce régime devait être rattaché à la loi personnelle des époux plutôt qu'à la loi du régime. Il nous a semblé que l'équilibre du statut patrimonial du ménage exigeait qu'une seule loi le gouverne en son entier, dans ses dispositions impératives et supplétives. Pourtant, on a prétendu que certaines règles qui interviennent dans les relations pécuniaires des époux trouvent leur fondement dans une conception de la condition personnelle des époux et doivent, à ce titre, échapper à la compétence de la loi du régime.

SECTION I

DISPOSITIONS CONSACRANT L'INÉGALITÉ DES ÉPOUX

210. Le principe selon lequel les époux sont égaux, même s'il n'a pas fait jusqu'à présent l'objet d'une consécration législative en France (2) comme dans un certain nombre de pays étrangers, s'impose de plus en plus. Mais il existe encore un bon nombre de règles en droit français comme d'ailleurs dans beaucoup de législations étrangères qui sont fondées sur l'idée reconnue ou non de l'inégalité des époux. Elles disparaîtront certainement du droit français (3) et dans la mesure où elles survivront dans d'autres droits,

(1) Cf., cependant, Colmar, 20 novembre 1923, *Clunet*, 1925.790.

(2) Cf., pourtant, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (alinéa 3), auquel renvoie le Préambule de la Constitution de 1958 : « La loi garantit à la femme dans tous les domaines des droits égaux à ceux de l'homme ».

(3) La loi du 13 juillet 1965 continue la voie ouverte par les lois de 1938 et de 1942, mais ne supprime pas toute inégalité.

on leur opposera l'exception d'ordre public international. Mais il faut bien constater que, si jusqu'à présent, la jurisprudence a fait intervenir la notion d'ordre public, c'est plutôt contre des règles émanant de législations plus égalitaires que la nôtre. Ainsi, en 1930 encore, un jugement du Tribunal de la Seine, à propos de l'exercice par une femme de son métier de comédienne sans autorisation de son mari étranger, relevait « qu'il serait intolérable, en effet, en l'état actuel de la législation et des mœurs, qu'une femme mariée pût braver publiquement en France l'autorité de son mari, même sujet étranger : qu'une telle attitude, si elle était sanctionnée par l'impunité, serait, de nature à porter une grave atteinte non seulement à l'autorité personnelle de M. Morris sur Mme Jane Aubert, mais encore à celle de tous les maris français » (1).

L'on s'explique que, si elles ne provoquent pas toujours l'intervention de la notion d'ordre public, les règles inégalitaires suscitent d'assez nombreux conflits de lois. Or du moment que ces règles concernent l'égalité ou l'inégalité des époux, on peut estimer qu'elles doivent relever pour cette raison de leur statut personnel ou plus précisément qu'elles sont des effets personnels du mariage. L'inégalité correspond à une certaine conception du mariage et de la famille. Mais elle recouvre les effets tant pécuniaires que personnels du mariage. Or l'on utilise souvent comme argument pour écarter la compétence de la loi du régime, qu'une règle concerne l'organisation de la famille. C'est oublier que le régime matrimonial, lui aussi, correspond à une certaine idée de la famille (2) : le critère de la distinction des effets personnels du mariage et du régime matrimonial ne peut être recherché dans cette voie. Il est plus juste de dire que l'organisation du ménage et de la famille se fait sur deux plans, l'un personnel et l'autre pécuniaire qui interfèrent en de nombreux points. La distinction ne peut donc se faire que suivant le caractère pécuniaire ou personnel des règles. Lorsqu'une même règle présente à la fois les deux caractères, il faudra se décider selon que l'un ou l'autre est prédominant.

211. Certaines règles ne devraient poser aucun problème car elles sont à l'évidence étrangères au régime matrimonial et concernent les effets personnels du mariage. Des difficultés ont été suscitées uniquement parce que le Code civil français en a traité à propos du contrat de mariage. On a prétendu que l'interdiction faite aux époux de déroger aux droits qu'ils tiennent de l'organisation de la puissance paternelle et de la tutelle ou aux droits reconnus au mari comme chef de famille est une restriction à la liberté des conventions matrimoniales (3). A ce titre, elle dépendrait de la loi du régime qui gou-

(1) Trib. civ. Seine, 30 avril 1930, *Revue*, 1930.461, concl. Brachet.

(2) Ne parle-t-on pas, à propos de la réforme des régimes matrimoniaux, d'« émancipation », voire de « décolonisation » de la femme ? Cf. Débats parlementaires, *J.O.*, 30 juin 1965.

(3) Art. 1388 ancien du Code civil. Le nouvel article 1388 (loi du 13 juillet 1965) ne mentionne plus expressément « les droits reconnus au mari comme chef de famille ».

verne le principe et ses limites. Mais ni la puissance paternelle, ni la tutelle, ni la qualité de chef de famille ne concernent le régime matrimonial. Ces interdictions ne se rapportent pas au régime matrimonial et le fait qu'elles soient édictées à propos du contrat de mariage ne modifie en rien leur caractère personnel.

Pourtant, un doute peut naître si l'on considère que la puissance paternelle ou la qualité de chef de famille comporte des effets d'ordre pécuniaire. Ainsi en est-il du droit de jouissance légale qui appartient à celui qui exerce la puissance paternelle. Mais il s'agit alors des relations entre parents et enfants et non pas entre époux.

212. La puissance maritale, ainsi que son corollaire, l'incapacité de la femme mariée ont disparu du droit français. L'on peut penser qu'une loi étrangère, conservant l'autorité maritale (1) et déclarant la femme incapable (2), heurte notre ordre public. Néanmoins, jusqu'à présent, l'on a envisagé l'intervention de l'ordre public plutôt contre des lois trop libérales (3). Avec l'évolution de la législation interne française, l'ordre public n'aura plus l'occasion d'intervenir à ce titre, mais risquera, au contraire, d'être heurté par des lois trop sévères. Il n'est cependant pas certain que toute loi accordant une prérogative au mari ou restreignant la capacité de la femme doive être écartée au profit de la loi française. Il a, au contraire, été jugé que l'ordre public n'est pas choqué par la loi espagnole qui tient la femme pour incapable d'acquérir à titre onéreux sans l'autorisation ou la procuration de son mari (4). Pourtant, du point de vue de la qualification à donner à de telles règles, ne doit-on pas considérer que l'autorité maritale et même l'incapacité de la femme mariée n'existent plus en tant que catégorie juridique ? La conséquence en sera qu'il ne suffira plus de dire d'une règle qu'elle se rattache à l'autorité maritale ou à l'incapacité de l'épouse pour en déduire la loi à laquelle elle ressortit (5). Il faudra classer directement ces règles d'après leur contenu dans les grandes catégories de rattachement : effets personnels du mariage, lois de police et de sûreté, régime matrimonial. Une observation faite par M. Donnedieu de Vabres est ainsi devenue caduque. L'auteur écrivait en 1938 : « Quoique l'incapacité de la femme mariée réponde à des fonctions sociales multiples et diverses, elle offre une forme technique constante et

(1) Espagne, Portugal, Italie. Cf. J. Hémard, « La femme en Europe occidentale au vingtième siècle », in *La Femme*. Collection Jean Bodin, t. II, p. 515 et s.

(2) Portugal, Espagne, Luxembourg.

(3) H. Batiffol, *Traité*, n° 453 ; A. Ponsard, « Effets personnels du mariage », *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 546-D, n^{os} 92 et s. ; Trib. civ. Seine, 30 avril 1930, *Revue*, 1930.461.

(4) Trib. civ. Perpignan, 20 décembre 1954, D., 1956, somm. 13.

(5) En sens contraire, cf. H. Batiffol, *Traité*, p. 509, n° 453, note 51 : « La qualification française fondée sur le but final de l'institution (de l'incapacité de la femme mariée) paraît bien intégrer les dispositions étrangères d'aspect plus fragmentaire ».

cette forme détermine sa qualification internationale, quelle que soit sa fonction particulière dans l'espèce» (1).

L'on ne pourra donc plus songer à la compétence de la loi personnelle de la femme. Celle-ci se justifiait par l'idée que l'incapacité de la femme mariée était de la même espèce que celle du mineur ou de l'aliéné. A vrai dire, on ne peut savoir si la jurisprudence se prononçait pour la loi personnelle de la femme ou pour la loi des effets personnels du mariage, étant donné qu'elles se confondaient dans presque toutes les espèces (2). Mais la notion d'*imbecillitas sexus*, alors même que l'incapacité de la femme mariée n'avait pas disparu du droit interne français, n'en paraissait déjà plus la justification pour la doctrine et l'on préférait, puisqu'elle ne concernait que les femmes mariées, y voir une mesure d'organisation de la famille, autrement dit un effet du mariage. L'on y a vu une mise en œuvre de la subordination de la femme dans le domaine pécuniaire (3). Pourtant, si l'on décide que « la capacité de la femme mariée a été et demeure une» (4), l'on se condamne à reconnaître la compétence d'une loi unique pour toutes les règles se rattachant à cette capacité ou a l'incapacité et sans doute préféreta-t-on la loi des effets personnels du mariage : « La loi applicable à la capacité de la femme mariée définit les actes qu'elle peut accomplir, qu'ils soient de caractère extra-patrimonial ou même patrimonial» (5). Il en découlera des problèmes de distinction entre les règles de capacité et celles du régime matrimonial, d'autant plus inextricables qu'il s'agira de qualifier des règles étrangères puisqu'elles ont disparu du droit français (6).

Le problème se posera évidemment de façon différente si l'on supprime la catégorie de l'incapacité de la femme mariée et que l'on ne reconnaît que les catégories des effets personnels du mariage et du régime matrimonial. On admettra que ces règles sont des effets du mariage, mais l'on se demandera si elles sont d'ordre personnel ou d'ordre pécuniaire. Et, selon le cas, on donnera compétence à la loi des effets personnels ou à la loi du régime. L'acte accompli par la femme, s'il est d'ordre pécuniaire, sera valable ou non, selon qu'il

(1) J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence en matière de conflits de lois depuis le début du XX^e siècle*, p. 468, note 1.

(2) Cf. Jurisprudence citée par H. Batiffol, *Traité*, n° 453, note 51 ; cf. pourtant Civ., 27 juin 1950, *Revue*, 1951.277, note H. Monnerey ; *Gaz. Pal.*, 1950.II.234.

(3) Cl. Renard, *Le régime matrimonial de droit commun*, p. 52.

(4) J.-P. Niboyet, *Traité*, t. V, n° 1499, p. 375.

(5) H. Batiffol, *Traité*, n° 453 et note sous La Réunion, 28 juillet 1950, *Revue*, 1951.298 ; cf. Y. Loussouarn, note sous Civ., 27 juin 1950, *Rev. trim. dr. com.*, 1950.694.

(6) Cf. Trib. civ. Perpignan, 2 décembre 1954, D., 1956, somm. 13. Cette décision mélange loi du régime et statut personnel. Certains auteurs ont attiré l'attention sur ces difficultés : cf. H. Batiffol, *Traité*, n° 453, note 52 ; J. -P. Niboyet, *Traité*, t. V, n° 1499 ; A. Ponsard, *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 546-D, n^os 107-108.

est permis ou non par la loi du régime matrimonial. S'il est d'ordre personnel, on interrogera la loi des effets personnels.

L'on procédera de même avec les règles que l'on classait dans la catégorie de l'autorité maritale.

213. L'article 223 du Code civil, selon lequel, avant la réforme de 1965, le mari pouvait s'opposer à l'exercice par sa femme d'une profession séparée et qui prévoyait l'une des dernières prérogatives résultant de la qualité de chef de famille, sinon de l'autorité maritale (1), était fondé sur l'idée que « toute carrière un peu active risque d'éloigner la femme de son rôle d'épouse et de mère » (2). Si l'intervention du mari pouvait certes emporter des conséquences patrimoniales (3), elle concernait au premier chef l'intérêt moral de la famille et rentrait incontestablement dans le cadre des effets personnels du mariage (4). Néanmoins, l'ancien article 1449, en décidant que « le mari séparé de biens par jugement ne pouvait plus exercer le droit d'opposition visé à l'article 223 » aurait pu inciter à considérer ce droit comme un élément du régime matrimonial (5). Mais le droit interne n'est pas lié par des qualifications et ses institutions peuvent porter la marque d'un certain syncrétisme. Non seulement, il est impossible de concevoir une législation où les effets personnels seraient tous sans incidences pécuniaires et réciproquement, mais encore cette dissociation n'est pas même recherchée.

L'exercice d'une profession séparée par la femme constitue un exemple achevé de ce qu'on pourrait appeler un enchevêtrement de statuts (6). Si l'on peut, sans trop de problèmes, exclure de la compétence de la loi du régime l'ancien droit d'opposition du mari, l'on ne peut cependant ignorer que l'exercice de la profession touche

(1) Cette prérogative est réduite à néant par la loi du 13 juillet 1965. Peut-être un époux pourra-t-il néanmoins demander au président du Tribunal de Grande Instance que défense soit faite à son conjoint d'exercer telle profession, en se fondant sur l'article 220-1.

(2) Planiol et Ripert, *Traité*, t. II par A. Rouast, n° 387. Le problème est le même selon que le mari doive demander l'interdiction en justice, selon qu'il lui suffise de faire opposition auprès de l'employeur ou, comme en droit suisse (art. 167 C. civ.) selon que la femme ait besoin de son autorisation.

(3) L'exercice par la femme d'une profession séparée pose ainsi le problème des dettes qu'elle peut contracter et de l'engagement du mari.

(4) Cf. cependant Trib. civ. Seine, 30 avril 1930, *Revue*, 1930.461 ; *Clunet*, 1930.966. Cette décision voit dans la règle une loi de police et de sûreté. Mais elle est empreinte d'une certaine confusion et l'idée d'ordre public n'en est pas absente.

(5) L'article 1449, selon la loi de 1965, ne contient évidemment plus cette disposition, puisque le mari ne peut plus s'opposer à l'exercice par sa femme d'une profession.

(6) Sur l'importance pratique que revêt la question de l'exercice d'une profession séparée par la femme : cf. L. Sebag, « La méthode quantitative en droit civil et la réforme des régimes matrimoniaux », D., 1963, chron. 203 (selon l'auteur, le régime des biens réservés concerne en France un ménage sur trois).

directement aux relations patrimoniales. « Le problème de la profession, a-t-on constaté, n'est pas seulement moral et personnel, il a aussi de graves incidences dans le domaine pécuniaire. Nous apercevons ici un exemple frappant de la subordination du régime matrimonial aux principes qui régissent les effets généraux du mariage. Si on admet la femme à exercer une profession, il faut lui en donner, surtout quand il s'agit d'un commerce, les moyens pécuniaires. Dans l'exercice d'une profession, on prend des engagements envers les tiers ; ceux-ci ne traiteront avec la femme que si elle peut leur offrir en garantie des biens suffisants » (1).

Aussi M. Loussouarn reconnaît-il que « la détermination des patrimoines qui peuvent être engagés par les dettes professionnelles de la femme est liée dans une certaine mesure au régime matrimonial » (2). Il est incontesté que « la loi du régime détermine les effets du mariage sur la composition des patrimoines des époux » et notamment sur « leur obligation et leur contribution aux dettes respectives des époux » (3).

214. Pourtant, on a toujours pensé qu'il fallait mettre à part l'institution des biens réservés. Cette institution est, elle aussi, visée par l'article 1388 du Code civil (4) : il est interdit, en ce qui la concerne, de déroger aux règles édictées par la loi. Ces règles étant impératives, l'on comprend que les auteurs qui voulaient restreindre la compétence de la loi du régime aux dispositions supplétives les aient exclues de son champ (5). Mais ceux qui ne voient pas dans le caractère impératif des règles une limite du domaine de la loi du régime n'y soumettent pas pour autant l'institution des biens réservés.

Lerebours-Pigeonnière y voyait une mesure de protection de la femme française, dépendant de ce titre de sa loi personnelle (6). Ce point de vue trouvait, avant 1938, un argument supplémentaire dans le fait que l'institution des biens réservés restreignait la portée du principe de l'incapacité de la femme mariée. L'on pouvait estimer que la règle et l'exception devaient être soumises à la même loi. Il est vrai que la même idée pouvait également conduire à la compétence de la loi des effets personnels du mariage à laquelle on proposait alors aussi de soumettre le principe de l'incapacité de la femme mariée.

(1) Cl. Renard, *Le régime matrimonial de droit commun*, p. 60.

(2) Y. Loussouarn, « Droit international du commerce », *Rev. trim. dr. com.*, 1950.695-II-5.

(3) H. Batiffol, *Traité*, n° 644.

(4) Spécialement dans la rédaction de la loi du 22 septembre 1942 ; par référence générale aux devoirs et droits qui résultent pour les époux du mariage, dans la rédaction de la loi du 13 juillet 1965.

(5) Cf., par exemple, E. Audinet, *Recueil*, n° 40, 1932.II.287.

(6) P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, 3e éd., 1936, n° 341-C, p. 405 (Les éditions du *Précis* par Y. Loussouarn n'évoquent plus la question).

Ce principe ayant disparu du droit interne français, on a estimé que l'argument ne jouait plus (1). Pourtant, certaines réflexions s'imposent : si l'institution des biens réservée avait été analysée à juste titre comme constituant principalement une exception à l'incapacité de la femme mariée, avec la disparition de cette incapacité elle aurait dû elle-même perdre tout intérêt. Or il n'en est évidemment rien. On peut donc estimer que même lorsque cette incapacité existait, il était excessif d'y lier le régime des biens réservés. Pourquoi certains auteurs l'ont-ils fait ? C'est qu'on répugnait, et on répugne aujourd'hui encore, à étendre le champ de la loi du régime. « Le trait essentiel de la loi de 1907, disait Bartin, est son caractère impératif, poussé dans l'ordre du droit civil interne, je ne dirais pas jusqu'à sa rétroactivité, mais jusqu'à son application immédiate aux femmes déjà mariées sous l'empire des règles antérieures. Il semble bien qu'on ne peut guère, dans ces conditions, rattacher, sur le terrain du conflit des lois, le système des biens réservés au régime matrimonial des époux, resté, comme on sait, pour la jurisprudence française, dans le domaine de l'autonomie de la volonté » (2). Certes, les auteurs ne limitent plus le champ de la loi du régime aux règles supplétives, mais ils n'en accordent pas moins, influencés peut-être inconsciemment par la doctrine ancienne, une préférence marquée encore que non avouée aux arguments qui permettent d'écarter la compétence de cette loi.

215. La faiblesse de l'argument étant patente en l'occurence, surtout depuis la réforme législative de 1938, on ne se résout pas pour autant à la compétence de la loi du régime. La loi de 1907 tient, en effet, aussi à l'organisation générale du travail. Dès lors, on propose d'y voir une loi de police et de sûreté, « applicable de plein droit à toute femme mariée travaillant en France » (3). Niboyet a vivement défendu cette thèse qui se rattachait à l'extention proposée par lui de la catégorie des lois de police et de sûreté (4).

Si les idées de Niboyet ont paru excessivement territorialistes et nationalistes sur bien des points, celui-ci du moins a reçu la caution de M. Batiffol.

Pour Niboyet, « le droit de la femme de percevoir les produits de son travail se rattache au droit du travail qui fait partie indiscutablement de la police de l'industrie, c'est-à-dire des lois de police, de caractère par suite territorial » (5). Mais, en réalité, l'institution des biens réservés ne concerne qu'indirectement les rapports de l'em-

(1) Cf., par exemple, A. Ponsard, « Effets personnels du mariage », *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 546-D, n° 130.

(2) E. Bartin, *Principes*, t. II, n° 295, p. 222.

(3) H. Batiffol, in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, chap. III, n° 32.

(4) J.-P. Niboyet, *Traité*, t. V, n° 1504, p. 394.

(5) J.-P. Niboyet, *Traité*, t. V, n° 1504, p. 394.

ployeur et de l'employé qui définissent l'objet du droit du travail et elle se rapporte au premier chef aux relations pécuniaires des époux.

Certes, des considérations sociales sont à la base du droit de la femme sur ses biens dits réservés, mais l'organisation du régime matrimonial n'est pas étrangère à de telles considérations. Ce qui en fait douter, c'est la liberté dont disposent les époux en droit français pour régler cette organisation. Si on laisse aux époux le soin de choisir les dispositions qui régleront leurs relations pécuniaires, c'est bien qu'il est indifférent à la société que ces relations suivent des règles déterminées. Mais la liberté connaît les limites. Or on a renoncé à faire coïncider le champ de la loi du régime avec celui de la liberté des époux. En outre, la loi du siège des intérêts exclut la possibilité pour les époux de choisir arbitrairement la loi à laquelle ils entendent se soumettre. Est-ce que ce ne sont pas précisément les considérations sociales du pays où les conjoints ont fixé le centre de leur vie conjugale, qui doivent l'emporter ?

Dès lors, M. Ponsard préconise, avec raison nous semble-t-il, le rattachement de l'institution des biens réservés au régime matrimonial et sa soumission à la même loi (1). Il fait remarquer que Bartin, favorable à la compétence de principe de la loi qui gouverne les effets personnels du mariage, admettait pourtant l'intervention de la loi du régime en la matière (2). Si l'incapacité de la femme mariée avait déjà été supprimée en France à l'époque où écrivait Bartin, celui-ci n'aurait pas manqué de soumettre toute l'institution à la loi du régime. On peut d'ailleurs remarquer qu'il avait hésité puisque, dans sa réédition de l'ouvrage d'Aubry et Rau, il avait étendu l'empire de la loi du régime à tout le système des biens réservés (3).

216. Aujourd'hui, l'on préfère souvent éviter la question du rattachement et l'on fait observer que les tribunaux feraient sans doute intervenir la notion d'ordre public international en faveur de la loi française, « en tant qu'elle assure à une femme mariée le minimum vital sous la forme du produit de son travail » (4). Pourtant, les lois étrangères peuvent aboutir au même résultat par des techniques différentes et peut-être même plus efficaces. L'intervention de l'ordre public contre de telles lois ne se justifie pas. Dans ce cas là, la femme, dira-t-on, n'invoquera pas l'application de la loi française qui ne lui offrira aucun avantage supplémentaire.

(1) A. Ponsard, in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, p. 50.

(2) E. Bartin, *Principes*, § 295, p. 224-225.

(3) Aubry et Rau, § 500 (éd. 1913).

(4) H. Batiffol, *Traité*, p. 704, n° 644 ; Y. Loussouarn, *Rev. trim. dr. com.*, 1950.695 ; R. Désiry, « Régimes matrimoniaux », *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 556, n° 134.

C'est ainsi, estime-t-on, que la question de la loi applicable au statut des biens réservés ne se posera jamais. Mais ce raisonnement se fonde sur l'idée qu'aucune législation étrangère ne connaît une institution semblable à celle que la loi du 13 juillet 1907 a introduite en France. En effet, si l'on envisage, par hypothèse, l'existence d'une telle institution dans un droit étranger, en admettant qu'elle ne sera pas alors moins favorable à la femme que le droit français, on devra conclure que la loi française ne pourra intervenir au titre de l'ordre public que si la loi étrangère considérée n'est pas compétente. Il faudra donc déterminer la loi compétente en matière de biens réservés. En pratique, le problème ne risque certes pas de se poser souvent sous cette forme, mais il n'a pourtant rien d'impossible, puisque la loi belge du 20 juillet 1932 a repris les principes de la loi française de 1907, mais diffère de celle-ci sur des points de détail (1). D'autre part, les droits anglais, suédois, danois, norvégien connaissent l'institution des biens réservés, de même que le droit suisse et le droit allemand et c'est d'ailleurs à ces pays que l'expression « bien réservés » a été empruntée (2).

217. L'ancienne interdiction de déroger aux droits reconnus au mari comme chef de la communauté, quoique visée au même article 1388 du Code civil, se rapportait directement à l'organisation du régime matrimonial. C'était une restriction à la liberté des conventions matrimoniales. A ce titre, les auteurs pour lesquels la compétence de la loi d'autonomie doit se limiter aux règles supplétives, en faisaient une disposition d'ordre personnel et y soumettaient les époux français, même si leur régime matrimonial était gouverné par une loi étrangère (3). On trouve d'ailleurs mêlée à l'idée de la compétence de la loi des effets personnels du mariage, celle que la notion d'ordre public devait intervenir en la matière. Le 20 novembre 1923, la Cour de Colmar décidait que, pour des époux français mariés en Allemagne et ayant adopté le régime de la communauté d'acquêts organisé par le Code civil allemand, il ne pouvait résulter de cette stipulation aucune restriction aux pouvoirs du mari tels qu'ils sont déterminés par le Code civil français (4). Le mari put, en conséquence, contrairement aux prescriptions de la loi allemande,

(1) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. I, 2e éd., 1948, p. 833 ; J. HÉMARD, in *La Femme*, Société Jean Bodin, 1962, p. 559. La femme pourra avoir intérêt à l'application de la loi belge dans laquelle les biens réservés sont plus largement compris : y figurent tous les biens destinés à l'usage personnel de la femme, vêtements, bijoux, instruments de travail.

(2) RIPERT et BOULANGER, *Traité*, t. IV, p. 205, n° 598. Cf. également : Espagne, article 12 du Code de commerce.

(3) PLANIOL et RIPERT, *Traité*, t. VIII par M. NAST, n° 1606-2 ; A. WEISS, *Traité*, t. III, p. 617 ; F. DESPAGNET, *Précis*, n° 329 ; F. SURVILLE, *Cours*, n° 366 ; *contra* : AUBRY et RAU, 7e éd., t. VII, par P. ESEMIN, p. 499, note 11.

(4) Colmar, 20 novembre 1923, *Clunet*, 1925.790.

disposer des immeubles communs sans le consentement de la femme.

Une fois admis que les restrictions à la liberté des conventions matrimoniales dépendent de la loi du régime si elles concernent l'organisation de relations patrimoniales des époux, cette solution ne peut plus être retenue et la loi du régime doit être déclarée compétente. Mais la réforme des régimes matrimoniaux supprime le problème en droit interne, puisque, selon le nouveau texte, il n'est plus interdit de modifier les pouvoirs du mari comme chef de communauté et que les articles 1503 à 1510 sont consacrés aux clauses relatives à l'administration des biens.

En contrepartie des pouvoirs supérieurs du mari, la femme bénéficie de quelques dispositions spécialement protectrices. La réforme ayant atténué ces pouvoirs, a supprimé quelques règles devenues inutiles ou les a rendues réciproques. Ainsi la faculté de répudier la communauté mettait la femme à l'abri des conséquences d'une gestion déficitaire. L'article 1453 du Code civil précisait qu'elle ne pouvait renoncer à l'avance à cette faculté de renonciation. Il s'agissait là de l'organisation du régime matrimonial et la loi qui le gouverne était incontestablement compétente. La loi du 13 juillet 1965 a supprimé la faculté de renonciation.

218. Les articles 220 et 221 du Code civil qui, modifiés par la loi du 22 septembre 1942 et de nouveau par la loi du 13 juillet 1965, ont légalisé le mandat domestique, concernent-ils, ainsi que l'assure M. Batiffol (1), le statut personnel ? La femme engage son mari par les dépenses qu'elle fait pour le ménage, et, selon la réforme, le mari, de la même façon, engage la femme. Mais alors que celle-ci agissait par représentation de son mari, aujourd'hui chacun « a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants ». Et bien que « toute dette ainsi contractée par l'un, oblige l'autre solidairement », on peut se demander si ce pouvoir peut encore être analysé comme un mandat légal. Il semble que le mandat domestique soit né de la nécessité de permettre à la femme, incapable, d'accomplir les actes nécessaires à la vie du ménage (2). A ce titre, on devrait le soumettre à la même loi que l'incapacité de la femme mariée dont il ne serait, en somme, qu'une atténuation. Mais il faut tenir compte du fait que le mandat domestique n'est pas inéluctablement lié à cette incapacité, puisqu'il lui a survécu et qu'il n'est même devenu légal qu'après sa disparition. L'on pouvait expliquer cette survivance par la raison que la femme même capable n'avait pas les mêmes droits que le mari. Celui-ci administrait non seulement la

(1) H. Batiffol, *Traité*, n° 454.

(2) H., L. et J. Mazeaud, *Leçons*, t. I, n° 1085 ; J. Hémard, in *La Femme*, Société Jean Bodin, II^e^ partie, 1962, p. 560.

communauté (1), mais encore les propres de la femme (2). Seule, la gestion des biens réservés lui échappait.

La femme ne disposait pas à titre personnel du pouvoir d'accomplir les actes nécessaires à l'entretien du ménage et le mandat domestique gardait sa raison d'être. Pour des motifs économiques, le mandat domestique garde un sens même dans un régime de séparation de biens, puisque le plus souvent les revenus du mari sont plus importants que ceux de la femme. On peut en conclure que le mandat domestique avait pour rôle de corriger certaines règles du régime matrimonial et de les adapter aux nécessités de la vie. La compétence de la loi du régime paraissait donc devoir être préférée à celle de la loi des effets personnels (3). Aujourd'hui, les dispositions législatives visent à assurer le crédit du ménage et à garantir les biens contre le risque que peut présenter pour eux le régime matrimonial des époux. La compétence de la loi du régime n'en paraît que plus fondée.

219. La jurisprudence, pour sa part, tendait à appliquer la loi du for, quand bien même cette compétence ne se justifiait ni au titre de loi du régime, ni à celui de la loi des effets personnels du mariage (4). Avant la légalisation du mandat, il suffisait pour cela de dire que toutes les législations connaissent la notion de mandat tacite : l'on pouvait alors présumer que les étrangers en France avaient voulu se soumettre à l'usage en cours. Bien que, depuis 1942, cette explication soit devenue caduque, la jurisprudence continuait à faire application de la loi du for.

Ainsi en a-t-il été dans la récente *affaire Harielle c. Sadek*. La société Jean Dessès avait fait assigner à comparaître devant le Tribunal de la Seine le prince Fouad Farouk et son ex-épouse Narriman Sadek pour obtenir leur condamnation *in solidum* au paiement de 2 478 500 francs anciens relatif à des livraisons « de robes, ensembles, blouses et autres vêtements féminins ». Le prince Farouk ne contestait ni la réalité, ni le montant des fournitures, mais il prétendait être resté étranger aux commandes, puisqu'il avait été marié sous le régime de la séparation de biens et que

(1) Cf. J. Boutard, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, thèse, 1945, spécialement p. 6 et s. : La femme même capable de passer des actes juridiques aurait été dans l'impossibilité de les accomplir, puisqu'elle ne pouvait engager quelque crédit, ni offrir le moindre denier liquide du ménage ». Le mari reste le seul administrateur de la communauté. Cf. article 1421 nouveau.

(2) Selon l'article 1421 du Code civil (réforme de 1965) il administre toujours seul la communauté. L'ancien article 1388 du Code civil interdisait même de modifier par contrat de mariage ses pouvoirs de chef de communauté.

(3) Cf. E. Bartin in Aubry et Rau, t. VIII, éd. 1916, § 509, note 58-9 (il a changé d'avis dans ses *Principes*, t. II, § 300, p. 242. Il lui semblait que l'institution ne pouvait pas comme le régime dépendre de la volonté des époux). Cf. Trib. gr. inst. Seine, 17 janvier 1963 (*Christian Dior c. Jackson*), *Revue*, 1963.793, note Y. Loussouarn : adopte cette qualification selon H. Batiffol.

(4) Paris, 18 avril 1929, *Revue*, 1935.149 ; cf. H. Batiffol, thèse, p. 287 et s.

le droit égyptien qui constituait son statut personnel ne connaît pas la théorie du mandat tacite, ni aucune institution semblable à celle que prévoit en France la loi du 22 septembre 1942. Le Tribunal de la Seine releva que presque toutes les législations étrangères imposent au mari de pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses enfants quel que soit le régime matrimonial et reconnaissent à la femme un mandat tacite ou légal pour les dépenses de cette nature. Il admit qu'en droit égyptien, il n'en était rien, mais affirma que la société Jean Dessès n'était pas tenue de connaître les lois des diverses nations, spécialement les règles de la législation égyptienne, contraires aux principes généralement admis. Il suffit, conclut-il, à la validité du contrat que la société française ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi (1).

220. On peut bien sûr relever, comme le fait M. Ponsard (2), que les affaires mettant en cause le mandat domestique concernent le plus souvent des demandes « formées par des couturiers parisiens contre de riches étrangers », et on peut mettre en doute que ces dépenses répondent aux nécessités de l'entretien du ménage. Mais, en dehors de ce point, pour lequel il faut bien laisser aux tribunaux leur liberté d'appréciation, il faut reconnaître que la jurisprudence s'appuie sur des considérations assez convaincantes : il n'est moralement pas possible à un commerçant de demander à sa cliente pour les dépenses courantes une justification de son contrat de mariage et un engagement personnel exprès de son mari. D'autre part, on ne peut pas supposer que le commerçant puisse avoir connaissance du contenu de toutes les législations. Doit-on se référer à l'idée d'apparence, parler d'un « mandat apparent » comme, à propos de *l'affaire Lizardi*, l'on a imaginé la théorie du « majeur apparent » (3) ? Ou plus simplement peut-on invoquer « l'intérêt national » ? Ces deux explications présentent l'inconvénient de fausser le jeu normal des règles de conflits (4). A tout le moins ne doit-on y avoir recours qu'à défaut de toute autre construction.

Le mandat domestique a un double rôle (5) : celui d'assurer le crédit du ménage, mais aussi celui de servir de protection aux tiers. Il paraît opportun que les tiers bénéficient de cette protection en France et soient à l'abri des surprises. La jurisprudence doit-elle être analysée comme faisant intervenir la notion d'ordre public ? M. Batiffol déclare qu'il ne peut s'agir d'ordre public puisque « au lieu de dire que la loi française est seule à posséder une institution

(1) Trib. gr. inst. Seine, 12 juin 1963, *Clunet*, 1964.285, note A. Ponsard ; *Revue*, 1964.689, note H. Batiffol ; cf. aussi Trib. gr. inst. Seine, 17 janvier 1963, *Revue*, 1963.792, note Y. Loussouarn.

(2) A. Ponsard note sous Trib. gr. inst. Seine, 12 juin 1963, *Clunet*, 1964.285.

(3) H. Batiffol, thèse, p. 244 et s.

(4) Sans même tenir compte de l'allure un peu nationaliste de la seconde.

(5) Cf. A. Ponsard, note sous Trib. gr. inst. Seine, 12 juin 1963, *Clunet*, 1964. 285.

sans équivalent dans les autres législations et indispensable à l'ordre public, on déclare que l'institution existe partout» (1). Peut-on alors dire qu'elle est de droit naturel ? Ce serait téméraire, car elle n'est, en réalité, nécessaire que pour compenser l'inégalité de droit ou de fait (2) des époux. Cette affirmation paraît infirmée par la réforme du 13 juillet 1965, qui rend le mandat réciproque. Mais cette réciprocité établit une égalité plus apparente que réelle. Sans doute, le mandat présenterait encore un certain intérêt dans l'hypothèse où les époux seraient réellement égaux. Mais cet intérêt ne justifierait pas un appel aux notions d'ordre public ou de droit naturel.

On peut se demander s'il ne faut pas se rallier au point de vue de Niboyet, selon lequel « il y a comme deux cercles qui délimitent deux conceptions distinctes :

a) celui de la loi territoriale qui soumet le pouvoir domestique en tant qu'il engage le mari à la loi du lieu des achats toutes les fois que cette loi l'organise et en fait une institution de police ;

b) celui de la loi matrimoniale pour réglementer les rapports pécuniaires des époux, et même avec les tiers, mais dans la mesure seule où, à ce dernier égard, la loi territoriale ne s'y oppose pas» (3).

Ainsi dans *l'affaire Harielle c. Sadek*, le prince Farouk aurait été condamné à payer la somme réclamée par la société Jean Dessès, mais il aurait pu se retourner contre la dame Narriman car, dans les relations entre les deux époux, les règles du droit égyptien gouvernant leur régime matrimonial auraient repris leur empire. Si deux époux sont soumis par leur régime au droit français et que la femme fait des achats en Egypte, le commerçant égyptien pourra se prévaloir de la loi française et du mandat domestique. Ainsi, celui-ci ressortit à la loi du régime matrimonial, mais la règle selon laquelle le retrait ou plus largement l'inexistence de ce mandat est inopposable aux tiers, s'ils n'en ont pas personnellement eu connaissance, doit s'analyser comme une exigence de publicité dépendant de la « loi de police et de sûreté ».

221. L'hypothèque légale de la femme mariée est au même titre que le mandat domestique une compensation de l'inégale répartition entre les époux des pouvoirs sur leurs patrimoines. Mais si le mandat domestique accroît les pouvoirs de la femme, l'hypothèque légale a pour rôle de la protéger contre le danger qui peut naître pour elle de l'éventuelle négligence ou de la malhonnêteté du mari dans l'exercice des pouvoirs considérables dont il dispose. Il n'est pas étonnant que ce caractère de protection ait fait songer à la compétence de la loi personnelle de la femme. Pour Despagnet, l'hypo-

(1) H. Batiffol, note sous Trib. gr. inst. Seine, 12 juin 1963, *Revue*, 1964.689.
(2) L'inégalité de fait résultera de la disparité des revenus.
(3) J.-P. Niboyet, *Traité*, t. V, n° 1504, p. 393.

thèque légale des femmes mariées comme celle des mineurs n'était qu'une garantie de la protection des incapables et devait, pour cette raison, suivre la loi de l'incapacité (1). L'hypothèque ayant survécu à l'incapacité, cette explication ne peut plus être invoquée. On a dit aussi, de façon plus générale, et alors même que l'on admettait la compétence de la loi personnelle de la femme en ce qui concerne son incapacité, que l'institution se rattachait à la notion de subordination légale de la femme mariée et on en a conclu que la loi des effets personnels était applicable (2). Aujourd'hui, cette idée de subordination légale paraîtra excessive, mais l'hypothèque est peut-être encore une manifestation de l'inégalité des époux (3). Cependant, le caractère inégalitaire des dispositions ne justifie pas nécessairement qu'on leur applique la loi des effets personnels du mariage. Aussi bien, a-t-on donné d'autres justifications de la compétence de cette loi.

Bartin notamment analysait les raisons de la préférer à la loi du régime (4) et son analyse a été reprise par la plupart des auteurs (5). La jurisprudence dominante se prononce de son côté soit pour la loi nationale de la femme, soit pour la loi des effets personnels du mariage (6). Bartin constatait que l'hypothèque ne sert pas seulement à garantir des créances nées du régime matrimonial, mais aussi d'autres créances naissant notamment de la rupture ou du relâchement du lien conjugal, le droit à une pension alimentaire, par exemple (7). L'on estime qu'il serait paradoxal dans ces cas d'appliquer la loi du régime. Mais, au contraire, on ne

(1) F. Despagnet, *Précis*, p. 1178, n° 415 ; cf. également : F. Surville, *Cours*, n° 385 ; E. Bartin, *Principes*, t. II, § 298 ; et note sous Bordeaux, 23 juillet 1897, D., 1901.II.266 ; R. Savatier, note sous Trib. civ. Nantes, 22 février 1955, *J.C.P.*, 1955.8586 ; A. Pillet, *Traité*, t. I, n° 278, p. 595.

(2) Vacheron, thèse, p. 113.

(3) Encore que, selon la loi du 13 juillet 1965, si les époux ont adopté le régime de la participation aux acquêts et qu'ils sont par suite placés sur un pied d'égalité, cette sûreté est accordée à l'un comme à l'autre, cf. article 2136. De même, les articles 2137 et suivants ne font pas de différence entre mari et femme, permettant à tous deux de bénéficier éventuellement de l'hypothèque.

(4) E. Bartin, *Principes*, t. II, § 298.

(5) Cf. H. Batiffol, « L'hypothèque légale de la femme mariée en France et le droit international privé », *Festschrift für Ernst Rabel*, 1954, t. I, p. 591 ; A. Ponsard, « Effets personnels du mariage », *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 546-D, n° 114 ; R. Savatier, note sous Trib. civ. Nantes, 22 février 1955, *J.C.P.*, 1955. 8586 ; P. Francescakis, note sous le même jugement, *Revue*, 1955.710.

(6) Chambéry, 10 juillet 1900, *Clunet*, 1903.623 ; et, semble-t-il, Req., 27 janvier 1903, S., 1904.I.81, note A. Pillet ; *Clunet*, 1903.623, concl. Feuilloley ; D., 1903.249, rapport Georges Lemaire ; cf. également Civ., 5 novembre 1878, *Clunet*, 1879.65 ; Trib. civ. Seine, 31 décembre 1910, *Clunet*, 1911.901 ; Trib. civ. Le Havre, 29 décembre 1928, *Clunet*, 1929.1048 ; Trib. civ. Seine, 28 avril 1911, *Clunet*, 1912.844 ; une décision plus récente fait allusion au contrat de mariage : Trib. civ. Nantes, 22 février 1955, *J.C.P.*, 1955.II.8586, note R. Savatier ; *Revue*, 1955.710, note P. Francescakis ; *Clunet*, 1955.682, observ. Sialelli.

(7) N'est-ce pas d'ailleurs le seul exemple ? Cf. H. Batiffol, *Traité*, n° 456, p. 811.

s'étonne pas que la loi des effets personnels puisse gouverner l'hypothèque, même lorsqu'elle garantit des créances nées du jeu du régime matrimonial. On raisonne comme si la loi des effets personnels devait être considérée comme normalement compétente et que la loi du régime constituait l'exception d'interprétation stricte (1). Cette méfiance à l'égard de la loi du régime s'explique là encore parce qu'il ne paraissait pas possible de donner un rôle trop considérable à la volonté des époux. Bartin fait expressément état de cet argument et signale comme une éventualité suffisant à elle seule à justifier le rejet de la compétence de la loi du régime le fait que, sous son empire, une femme française, se mariant sous un régime étranger, n'aurait pas bénéficié de l'hypothèque. Cet argument prouve trop. En effet, il peut tout aussi bien être objecté à la compétence de la loi des effets personnels du mariage et devrait nécessairement conduire à retenir la compétence de la loi nationale de la femme. Or, ainsi que le fait remarquer M. Batiffol, si l'idée de protection de la femme est au premier plan, l'institution constitue cependant un effet du mariage et forme une pièce de l'ensemble des relations entre époux (2). M. Savatier qui persiste à vouloir appliquer la loi nationale de l'intéressée, doit contester toute la jurisprudence Rivière et l'application d'une loi unique aux effets du mariage (3).

222. Les partisans de la loi des effets personnels du mariage reconnaissent pourtant l'intervention de la loi du régime, ne serait-ce que pour déterminer dans quelle mesure existent des créances nées du régime matrimonial et garanties par l'hypothèque. En outre, la loi de la forme aura un rôle à jouer pour les conventions de renonciation et de subrogation (4). Enfin, la plus grande partie de la doctrine reconnaît que l'application de la loi réelle ne peut être exclue en la matière (5).

En dehors des questions suscitées par le conflit de lois, l'hypothèque légale a posé un problème de jouissance du droit. On a, en effet, contesté le droit des étrangères d'invoquer sur des biens situés en France l'hypothèque que pouvait leur conférer la loi compétente. La jurisprudence, par interprétation de l'ancien article 11 du Code civil, avait réservé la jouissance de ce droit aux femmes admises à domicile (6). Aujourd'hui on pourrait soutenir

(1) Cf. cependant Cl. Renard, *Le régime matrimonial de droit commun*, p. 41 : « La règle suivant laquelle la femme dispose d'une hypothèque légale sur les biens du mari fait aussi partie du régime matrimonial ».

(2) H. Batiffol, *Traité*, n° 456, note 57.

(3) R. Savatier, note Trib. civ. Nantes, 22 février 1955, *J.C.P.*, 1955.8586.

(4) H. Batiffol, *Festschrift für Ernst Rabel*, p. 591.

(5) Sur le rôle de la loi réelle cf. *infra*, n^{os} 243 et s.

(6) Civ., 20 mai 1862, S., 1862.I.673 ; Civ., 4 mars 1884, S., 1884.I.273 ; Req., 27 janvier 1903, D., 1903.I.249 ; S., 1904.I.81, note A. Pillet ; *Clunet*, 1903.623, concl. Feuilloley.

que seules les étrangères qui bénéficient d'un traité de réciprocité entre la France et l'Etat dont elles sont ressortissantes, peuvent jouir de l'hypothèque légale. La Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la question. Néanmoins, le maintien d'une telle jurisprudence se justifierait difficilement, surtout depuis un arrêt de la Cour de cassation du 27 juillet 1948 qui, certes, n'a pas statué en matière d'hypothèque, mais a posé en principe que les étrangers jouissent en France de tous les droits qui ne leur sont pas spécialement refusés (1). Le Tribunal civil de Nantes n'a donc pas cru devoir refuser la jouissance du droit à l'hypothèque (2).

223. Cette question de jouissance du droit mise à part, il faut reconnaître qu'on n'échappe pas à l'application simultanée de plusieurs lois différentes. Du moment que l'on accepte ce cumul de lois applicables, ne convient-il pas de faire un pas de plus ? L'hypothèque est un droit accessoire à une créance. Dans la mesure où elle dépend d'une autre loi que la *lex rei sitae*, n'est-ce pas précisément de celle qui gouverne la créance garantie ? L'hypothèque légale de la femme mariée garantit, d'une part, les créances issues du fonctionnement du régime matrimonial, d'autre part, des créances indépendantes de ce régime. Ne faut-il pas appliquer la loi du régime ou la loi des effets personnels du mariage selon la nature des créances que l'hypothèque doit garantir (3) ? Il ne résulterait aucune complication d'un tel système, puisque ces deux lois interviennent de toute façon pour gouverner les créances. S'agissant, par exemple, de la garantie d'une pension alimentaire accordée par un jugement de divorce, on se référerait à la loi des effets du mariage, comme le proposent la plupart des auteurs. Mais si l'hypothèque garantissait, par exemple, la restitution de la dot, elle serait gouvernée par la loi du régime. On pourrait voir un obstacle à cette solution distributive dans la généralité de l'hypothèque quant aux créances garanties. Mais le fait que toutes ces créances ayant leur cause dans le mariage sont garanties par l'hypothèque n'implique pas qu'elles forment un bloc indistinct, d'autant moins que l'inscription est soumise au principe de spécialité.

Aujourd'hui on peut trouver dans la réforme des régimes matrimoniaux des arguments supplémentaires pour justifier la compétence de la loi du régime. On ne fera pas état du fait que l'inscription par la femme de l'hypothèque légale peut se faire sans intervention de justice seulement s'il en a été ainsi convenu dans le contrat de mariage. En effet, ce dernier peut contenir des clauses étrangères au régime matrimonial. On pourrait pourtant faire remarquer qu'en

(1) Civ., 27 juillet 1948, *Revue*, 1948.75 ; D., 1948.535. Cf. H. Batiffol, « L'hypothèque légale de la femme mariée et le droit international privé », *Festschrift für Ernst Rabel*, 1954, t. I, p. 591 et s.

(2) Trib. civ. Nantes, 22 février 1955, *Revue*, 1955.710.

(3) Cf. P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, 8e éd. par Y. Loussouarn, n° 471.

l'occurrence cette convention ne peut être faite que dans le contrat de mariage. Mais on retiendra surtout que l'hypothèque se transforme selon le régime adopté par les époux, puisque, sous le régime de participation aux acquêts, elle protège non seulement la femme mais également le mari, sans même qu'elle soit prévue dans le contrat de mariage. La réforme paraît ainsi consacrer l'intégration de l'hypothèque non seulement dans le régime matrimonial, mais encore dans cette part variable à laquelle on réserve parfois l'appellation de régime matrimonial. L'on peut, dès lors, se demander si la compétence de la loi des effets personnels se justifie encore, même lorsque l'hypothèque garantit une créance étrangère au statut pécuniaire des époux (1).

SECTION II

L'OBLIGATION ALIMENTAIRE ENTRE ÉPOUX

§ 1. — Le devoir de secours entre époux

224. Le critère tiré du caractère patrimonial ou personnel des effets du mariage a pour conséquence d'élargir le domaine de la loi du régime par rapport à celui que lui assignent généralement les auteurs. Mais ceux-ci manifestent quelques réticences à étendre le champ de la loi du régime en dépit du fait qu'ils estiment ne pouvoir le restreindre aux règles supplétives, de sorte qu'il paraît délimité sans souci particulier de la logique. Nous avons plusieurs fois relevé l'argument selon lequel une règle s'appliquant quel que soit le régime choisi ne pouvait dépendre de la loi gouvernant le régime : or un tel argument implique, mais les auteurs veulent l'ignorer, que l'on en revienne au système qui faisait dépendre de la loi du régime les seules règles supplétives. Toutes les règles impératives, en effet, ne pouvant par définition être écartées, s'appliquent quel que soit le contrat passé par les futurs époux. Nous avons aussi vu développer l'idée que les règles touchant à l'organisation de la famille devaient être classées parmi les effets personnels du mariage. Or cette idée est bien trop vague et devrait conduire à soumettre le régime matrimonial lui-même à la loi des effets personnels, car il touche lui aussi à l'organisation de la famille.

En définitive, la règle selon laquelle doit s'opérer le partage de compétences nous a paru devoir s'énoncer ainsi : les dispositions concernant principalement les relations pécuniaires des époux relèvent de la loi du régime. Il faut bien remarquer que s'il n'en

(1) Cf. en faveur de la loi du régime L. Coilliot, *L'hypothèque de la femme étrangère*, thèse, 1939, p. 113 et s.

est pas ainsi, par l'application d'une loi personnelle différente à des dispositions d'ordre pécuniaire, on pourra fausser l'économie du régime. L'exemple topique en est celui de la loi gouvernant le régime et accordant d'importants pouvoirs à la femme, contrecarrée par la loi des effets personnels privant la femme de sa capacité.

Mais cette règle est-elle toujours valable ? La question se pose à propos de l'institution de l'obligation alimentaire entre époux.

225. En effet, cette obligation se traduit généralement par le paiement d'une pension. Il semble donc qu'elle soit incontestablement d'ordre pécuniaire. Or personne jamais n'a proposé de la soumettre à la loi du régime matrimonial. C'est à peine si un tel rattachement a été pris en considération et si on l'a fait, on en a rejeté la possibilité (1). Certes, on peut, là encore, faire état de la conception restrictive que les auteurs se font généralement du domaine de la loi du régime. Mais il faut avouer que les raisons les plus sérieuses s'opposent en la matière à la compétence de cette loi. En effet, l'obligation alimentaire n'est pas due seulement entre époux, mais encore entre parents et entre alliés. Or la compétence de la loi du régime ne pourrait évidemment se concevoir que pour l'obligation liant les époux, puisque cette loi gouverne les règles présidant aux relations pécuniaires des conjoints et non pas d'autres personnes. Dès lors, on serait conduit à soumettre à des lois différentes l'obligation entre parents et enfants ou même entre un conjoint et ses beaux-parents.

Certes, l'on a bien posé la question de l'unité ou de la diversité des obligations alimentaires (2), on a déclaré qu'elles ne constituaient pas une institution homogène (3), on a soutenu que la variété des applications de l'obligation alimentaire empêchait de formuler une solution unique pour le règlement des conflits de lois (4). Mais il serait vain de vouloir dissocier les obligations fondées sur des liens de solidarité familiale et qui, s'agissant de la famille légitime, trouvent toute leur origine dans le mariage. La vocation à aliments des époux, des parents et des alliés est fondamentalement la même. S'il est vrai que l'obligation alimentaire doit être « rattachée à la loi gouvernant l'institution ou le fait dont découle le droit aux aliments » (4) l'on conviendra qu'un même rattachement s'impose.

226. Pourtant, ce n'est pas d'abord cette idée qui a présidé à l'adoption d'une règle de conflit unique pour toutes les obligations alimentaires à caractère familial. La jurisprudence a commencé par décider que l'institution concerne au premier chef la bonne police

(1) H. Batiffol, note sous Paris, 6 mars 1958, *Revue*, 1959.108.

(2) J. Pélissier, *Les obligations alimentaires. Unité ou diversité*, 1961.

(3) R. Van der Elst, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*. I. Caractères généraux, 1956.

(4) J. Deprez, « Les conflits de lois en matière d'obligation alimentaire », *Revue*, 1957.369.

du pays et elle lui a attribué la qualification de « loi de police et de sûreté » (1). Niboyet expliquait que la parenté, l'alliance ou la qualité de conjoint sont moins la source que l'occasion de l'obligation celle-ci répondant à une idée de décence sociale (2). Mais il proposait de retenir une double qualification de l'institution, à la fois loi de police et statut personnel de façon à aboutir à l'application cumulative de la loi territoriale et de la loi personnelle, le minimum de l'obligation fixé par la loi territoriale pouvant être alourdi par la loi personnelle du créancier. Une autre raison de retenir la qualification de loi de police serait que l'inexistence de l'obligation alimentaire mettrait l'indigent à la charge de l'Etat : l'intérêt de ce dernier est donc directement en cause.

Si du moins on ne retient pas la double qualification proposée par Niboyet, la conception qui consiste à faire de l'institution une loi de police, mettant à la fois hors de cause la loi personnelle et la loi du régime, aurait l'avantage de supprimer un problème délicat. Mais elle est contestable. En effet, cette notion de décence mise en avant par Niboyet ne correspond pas à la conception généralement admise d'une « loi de police et de sûreté », mais évoque bien plutôt l'ordre public (3), car l'intérêt social en France, comme l'intérêt fiscal d'ailleurs, n'exige pas nécessairement l'application de la loi française. Il faut seulement que la loi appliquée ne prive pas l'indigent du droit à aliments. C'est pourquoi Niboyet admettait que la loi personnelle se substitue à la loi territoriale, lorsqu'elle est plus favorable au créancier alimentaire (4).

La jurisprudence et la doctrine rejettent aujourd'hui la qualification de « loi de police et de sûreté » et voient dans la réglementation de l'obligation un statut personnel (5). Elles réservent seulement, le cas échéant, la possibilité d'écarter la loi compétente, si celle-ci

(1) Req., 22 juillet 1903, D.P., 1904.I.197 ; Req., 27 mars 1922, D.P., 1923.I. 11 ; Paris, 19 décembre 1833, D., 1834.II.65 (cette dernière décision concerne l'obligation alimentaire entre époux) ; cf. J. Pélissier, *Les obligations alimentaires*, p. 132 ; Aubry et Rau, 5e éd., t. I, § 31 ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 2e éd., t. I, n° 70.

(2) J.-P. Niboyet, *Traité*, t. V, n° 1504, p. 589.

(3) Il est vrai que les deux notions ont été rapprochées dans le terme « lois d'application immédiate » et qu'elles ont souvent paru interchangeables à la jurisprudence. Cf. Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *Revue*, 1966.1 et s.

(4) J.-P. Niboyet, *Traité*, t. V, n° 1504, p. 589 ; cf. également M. Nast in *Répertoire, Aliments*, nos 12 et s.

(5) Cf. R. Van der Elst, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, I, p. 183 et s. ; J. Pélissier, *Les obligations alimentaires*, p. 358 ; J. Deprez, *Revue*, 1957.369 et s. ; Civ., 20 juillet 1936, D.H., 1936.474 ; *Revue*, 1937.694 ; Civ., 8 novembre 1943, D.C., 1944.I.65, note R. Savatier ; *J.C.P.*, 1944.II.2522, note P.L.P. ; S., 1944.I.55 ; *Revue*, 1946.273, note H. Batiffol ; Civ., 16 décembre 1958, D., 1959.51 ; *Clunet*, 1959.824, observ. J. B. Sialelli ; Paris, 6 mars 1958, *Revue*, 1959.108, note H. Batiffol ; Paris, 2 juillet 1954, *Revue*, 1954.810, note H. Batiffol ; Civ., 28 janvier 1958, *J.C.P.*, 1958.II.10488, note P. Louis-Lucas ; D., 1958.265, note R. Lenoan ; *Revue*, 1958.110, note Jambu-Merlin ; *Clunet*, 1958.776, note A. Ponsard.

heurte notre conception de l'ordre public fondée en l'occurence sur l'idée que « la loi française constitue un minimum d'assurance » (1). Mais plusieurs lois peuvent, au titre de statut personnel, prétendre à la compétence et la solution ne sera pas nécessairement la même selon que l'obligation lie les époux entre eux ou des alliés ou encore des parents en ligne directe. Et dans ce dernier cas, on peut, en outre, faire intervenir la qualité de la filiation. S'il en est vraiment ainsi, alors l'objection faite à la compétence de la loi du régime perd de son poids, puisque celle-ci rejetée, on n'aura pas obtenu pour autant un rattachement unique.

227. On peut envisager au titre du statut personnel la compétence de la loi nationale des parties au procès et, en cas de divergence, la loi nationale soit du créancier, soit du débiteur, soit encore celle des deux qui est la plus favorable au créancier. On peut préférer la compétence de la loi des effets du mariage qui est aussi la loi de la famille. L'obligation alimentaire entre époux est soumise par la jurisprudence à cette dernière (2). Cette solution pourrait être étendue à toutes les obligations liant les membres d'une famille légitime. Mais l'on se heurte, pour les aliments dus à l'enfant, à la Convention de La Haye du 24 octobre 1956 ratifiée, par la France, le 2 mai 1963 (3) qui donne compétence à la loi de la résidence habituelle de l'enfant (4). L'obligation alimentaire envers l'enfant constitue désormais une catégorie autonome (5) qui fait éclater la catégorie des obligations alimentaires à caractère familial, à moins que l'on considère l'élément de rattachement comme de portée plus générale. Les arguments développés en sa faveur peuvent certes être repris à propos des autres obligations alimentaires. On fait remarquer que l'obligation est une mesure de protection du créancier alimentaire et que ce dernier, constituant le centre de l'institution, fournit un point de rattachement normal. En effet, l'état de besoin serait la raison d'être du droit aux aliments et le lien de parenté en serait seulement l'occasion (6). Surtout, il est bon que la loi du pays dont l'assistance publique prendra éventuellement le relais de l'obligation alimentaire, soit compétente, les deux institu-

(1) J. PÉLISSIER, *Les obligations alimentaires*, p. 365.

(2) Cf. Paris, 2 juillet 1954, *Revue*, 1954.810 ; Paris, 6 mars 1958, *Revue*, 1959.108 ; Civ., 19 février 1963, *J.C.P.*, 1963.II.13112 ; *Clunet*, 1963.986, note A. Ponsard.

(3) *J.O.* du 9 juillet 1963, p. 6134. Le texte de la Convention a été publié dans *Revue*, 1956.753.

(4) Cf. J. DEPREZ, *Revue*, 1957.389. Une application de la Convention dans une espèce concernant un cas de filiation naturelle : Trib. gr. inst. Metz, 29 octobre 1963, *Revue*, 1964.336, note G. Droz ; *Clunet*, 1964.590, observ. J. B. Sialelli.

(5) J. M. BISCHOFF, « Les Conventions de La Haye en matière d'obligation alimentaire », *Clunet*, 1964.759 et s.

(6) ALFANDARI, *Le droit aux aliments en droit privé et en droit public*, thèse, 1958, t. II, p. 2 et s. ; cf. J. PÉLISSIER, *Les obligations alimentaires*, p. 3.

tions étant étroitement liées (1). On retrouve là une idée qui avait été avancée pour justifier la qualification de « loi de police et de sûreté » et l'on peut se demander si elle ne trouve pas ici une bien meilleure application, mieux à l'abri des contestations suscitées par la notion de loi de police.

En l'état actuel du droit, cette Convention, quoique de portée limitée (2), n'en met pas moins en cause la compétence exclusive de la loi de la famille. En outre, la compétence de la loi des effets du mariage n'est reçue de façon certaine que pour l'obligation alimentaire entre époux pendant le mariage. La jurisprudence et la doctrine hésitent dans le cas du divorce entre cette compétence et celle de la loi du lieu de commission des faits délictuels générateurs du divorce, la loi française dans le cas d'un divorce prononcé en France, car alors la rupture entre les époux y a été consommée (3). Mais l'hésitation cache une incertitude sur la nature même de la pension. Revêt-elle un caractère exclusivement alimentaire ou celui-ci se double-t-il d'un caractère indemnitaire (4) ? Selon M. Batiffol, le principe de la pension doit être cherché dans la loi française et les modalités ainsi que l'évaluation du *quantum* dans la loi personnelle.

228. Doit-on pour autant conclure, puisque de toute façon on ne peut éviter une disparité de solutions, que rien ne s'oppose en matière d'obligation entre époux à la compétence de la loi du régime ? Pour M. Batiffol, celle-ci serait inadaptée (5). En effet, fait-il remarquer, « l'obligation existe entre époux abstraction faite du régime matrimonial, tenant à la qualité d'époux ». Mais l'existence même d'un régime tient à cette qualité, car si les relations pécuniaires sont organisées de façon particulière entre époux, c'est bien parce qu'ils sont unis par les liens du mariage. L'argument de M. Batiffol, si on l'accepte et que l'on en tire toutes les conséquences, doit mener à réduire la compétence de la loi du régime aux règles supplétives. Mais il fait état, d'autre part, des particularités techniques de l'obligation, notamment de sa variabilité en fonction des besoins du créancier et des ressources du débiteur : ces caractéristiques, sans être décisives en elles-mêmes, découleraient et témoigneraient de la nature originale de l'institution qui, malgré ses effets pécuniaires se rattacherait au statut personnel. L'obligation alimentaire n'est qu'une traduction du devoir de secours, plus précisément c'est une forme de l'accomplissement de ce devoir.

On distingue traditionnellment le devoir d'assistance consistant en soins personnels d'avec le devoir de secours consistant en presta-

(1) Cf. J. M. Bischoff, *Clunet*, 1964.759 et s.

(2) Elle lie la France, l'Allemagne, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et l'Autriche.

(3) H. Batiffol, *Traité*, n° 471 ; G. Holleaux, in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, p. 175.

(4) J. Pélissier, *Les obligations alimentaires*, p. 32 et s.

(5) H. Batiffol, note sous Paris, 6 mars 1958, *Revue*, 1959.108.

tions d'ordre pécunaire. « Le secours sort de la bourse, *ex arca* ; l'assistance vient du cœur, *ex virtute* » (1). L'un est une obligation de donner, l'autre une obligation de faire (2). En réalité, quand il y a vie commune, ces deux devoirs se confondent : il serait artificiel de distinguer dans la communauté d'existence ce qui revient à l'obligation de secours et ce qui revient à l'obligation d'assistance. « Le devoir de secours ... est moins pour l'époux riche une obligation de faire vivre le conjoint pauvre, qu'un devoir de le faire monter à son propre rang, de lui communiquer sa propre condition sociale » (3). Les époux doivent être solidaires sur tous les plans et l'accomplissement du devoir d'assistance implique nécessairement l'accomplissement du devoir de secours et inversement. Il n'y a pas vraiment deux devoirs distincts, mais un seul devoir de secours et d'assistance ou de solidarité, de caractère non essentiellement pécuniaire.

Ce devoir a, certes, des implications pécuniaires, mais il n'est pas au premier chef d'ordre patrimonial. En cas de non-accomplissement, si la solidarité vient à faire défaut, il est évident qu'on ne peut pas contraindre le conjoint fautif à exécuter cette obligation de caractère beaucoup trop personnel. On le condamnera en compensation à verser une pension alimentaire. « Il y a transformation d'une situation juridique extra-patrimoniale en un droit patrimonial » (4).

On a discuté sur le point de savoir si la pension alimentaire versée par l'époux coupable à la suite du divorce avait un caractère indemnitaire ; dans tous les cas, séparation de fait, séparation de corps ou divorce, elle a du moins un caractère compensatoire. Le préjudice ne résulte pas nécessairement d'une faute, mais de l'impossibilité d'exécuter l'obligation. Il ne sera, dès lors, pas intégralement réparée mais simplement limité. L'obligation alimentaire n'est en fin de compte, qu'un aspect de la solidarité des époux, à laquelle il convient de la rattacher. C'est la limite extrême à laquelle on peut réduire la solidarité des époux dans des cas exceptionnels. L'obligation qui lie les époux est beaucoup plus large, mais elle n'est sanctionnée que dans la mesure où elle a des implications pécuniaires.

(1) V. Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4e éd., 1850, t. I, n° 212.

(2) Ripert et Boulanger, t. I, n° 2135.

(3) J. Carbonnier, *Manuel*, t. I, p. 363, n° 115.

(4) R. Nerson, *Les droits extra-patrimoniaux*, 1939, p. 474. L'auteur n'évoque pas pourtant le cas de l'obligation alimentaire. — Cf. aussi D. Soubrier, *L'interdépendance des obligations réciproques d'ordre personnel et d'ordre patrimonial issues du mariage*, thèse, 1956, p. 25, n° 24. Pour l'auteur, l'obligation alimentaire entre conjoints n'est que « la conversion en valeur du devoir d'entretien édicté en nature par l'article 214 au cas de séparation de fait légitime ». Mais il ne rattache pas l'obligation alimentaire au devoir de secours. Dans la mesure pourtant où la pension est liée à l'état de besoin, il s'agit bien du devoir de secours. L'expression de « devoir d'entretien » utilisée par l'auteur augmente la confusion. Pour qu'il puisse y avoir contribution aux charges du ménage, encore faut-il un ménage. En cas de séparation de fait, on peut admettre qu'il y en ait un : la pension alimentaire servira à la fois de palliatif du devoir de contribution et du devoir de secours.

Cette solidarité est au premier chef d'ordre personnel, même si elle produit aussi, notamment dans l'obligation alimentaire, des effets pécuniaires. Il ne s'agit pas de l'organisation des relations pécuniaires entre époux, mais bien de leurs relations personnelles. On peut d'ailleurs constater que l'obligation alimentaire survit au régime matrimonial et au mariage lui-même. La dissolution du mariage entraîne la liquidation du régime matrimonial, mais n'efface pas le devoir de solidarité (1).

§ 2. — Contribution aux charges du ménage

229. On affirme généralement que le devoir de secours prévu par l'article 212 du Code civil est précisé par l'article 214 (2). Ce devoir s'exécuterait soit par le versement d'une pension alimentaire si les époux ne vivent pas ensemble, soit sous la forme de la contribution aux charges du ménage s'ils font ménage commun (3). La doctrine et la jurisprudence verraient « avec raison dans l'obligation de contribuer aux charges du ménage une obligation alimentaire élargie » (4). MM. Marty et Raynaud ont dit de façon plus exacte que l'obligation de secours était masquée par l'obligation de contribuer aux charges du ménage (5). Cette dernière peut être déterminée par le contrat de mariage. On a proposé l'hypothèse suivante qui fait apparaître le devoir de secours derrière l'obligation de contribution : conventionnellement il a été prévu une contribution par parts égales ; l'un des époux est sans ressources, l'autre devra, d'une part, assumer sa part des frais du ménage selon le contrat et, d'autre part, au titre du devoir de secours, assurer à son conjoint la subsistance (6). « L'obligation de subvenir aux charges du ménage se rapporte seulement à la répartition des dépenses du ménage entre les époux, tandis que l'obligation alimentaire est l'exécution du devoir moral de secourir un proche dans la détresse » (7).

Ces deux obligations doivent donc être soigneusement distinguées. On peut comparer cette distinction à celle qui doit être faite entre l'obligation d'entretien des enfants et l'obligation alimentaire qui leur est également due à charge de réciprocité. L'obligation de contribution est établie en faveur du ménage et vise son fonctionnement normal ; l'obligation alimentaire bénéficie au conjoint directement et vise les circonstances exceptionnelles où celui-ci a besoin de secours. En droit interne, ces deux obligations différentes tendent

(1) En cas de divorce, pension alimentaire (article 301 du Code civil). Droit pour le survivant (article 205 du Code civil).
(2) Ripert et Boulanger, t. I, n° 2128.
(3) Marty et Raynaud, t. I, n° 506.
(4) C. Renard, *Le régime matrimonial de droit commun*, p. 57.
(5) Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. I, n° 506.
(6) J. Pélissier, *Les obligations alimentaires*, p. 29.
(7) H., L. et J. Mazeaud, *Leçons*, t. I, n° 1195. Cf. aussi D. Soubrier, thèse, p. 76, n^{os} 96 et s.

à être confondues. Pourtant, il a été reconnu en jurisprudence que la procédure de saisie-arrêt organisée par l'article 864 du Code de procédure civile pour contraindre un époux à l'exécution de son obligation de contribution aux charges du ménage n'est pas la voie unique en dehors de laquelle toute action en prestations alimentaires resterait interdite entre conjoints (1). Il est permis de se demander si cette possibilité octroyée au conjoint laissé sans ressources n'est pas fondée sur l'idée latente que celui-ci peut exiger soit l'exécution de l'obligation de contribution, auquel cas la procédure de l'article 864 du Code de procédure civile doit être suivie, soit l'exécution du devoir de secours, auquel cas les voies du droit commun lui sont ouvertes (2). On a affirmé en ce sens que pendant l'instance en divorce la pratique « n'utilise pas la procédure de l'article 864 pour le paiement de la pension alimentaire fixée par le magistrat conciliateur ou le tribunal civil ; il ne s'agit plus, en effet, à proprement parler d'assurer la contribution d'un époux aux charges du ménage, puisque les époux sont légalement, quoique provisoirement, séparés » (3).

230. Dans la mesure où l'on distingue avec soin devoir de secours et contribution aux charges du ménage, on admettra d'autant plus facilement que le devoir de secours n'est qu'une face inséparable d'un devoir plus large comprenant l'assistance, qu'on pourrait appeler de solidarité et qui n'est pas au premier chef pécuniaire, mais personnel. Il ne devient patrimonial que par l'action en paiement d'une pension alimentaire qui est fondée sur lui.

Dès lors, il faut admettre aussi que les raisons de classer la réglementation de l'obligation alimentaire parmi les lois personnelles ne valent pas, en ce qui concerne l'obligation de contribuer aux charges du ménage, puisque précisément, elles impliquent qu'on distingue l'une de l'autre ces deux obligations. Le devoir de contribution relèvera de la loi du régime matrimonial. Mais, dira-t-on, les deux obligations se confondant le plus souvent en pratique (4), ne serait-ce pas une source inutile de complications que de les soumettre à des lois différentes ? A cette objection, on peut répondre qu'il serait artificiel de faire dépendre l'obligation de contribuer aux charges du ménage, lorsqu'elle est précisée par le contrat de mariage, d'une autre loi que celle qui gouverne ce contrat. D'autre part, en fait, pendant le mariage, les deux lois s'appliqueront dans une certaine mesure de façon cumulative ou du moins la loi personnelle jouera

(1) Paris, 27 avril 1954, D., 1954.425 ; Paris, 7 mars 1958, D., 1958.342 ; *J.C.P.*, 1958.II.10691 ; cf. A. Weill, *Encycl. Dalloz, Rép. Dr. civ.*, V° *Mariage*, nos 1134-1135.

(2) J. Pélissier, *Les obligations alimentaires*, p. 29.

(3) J. Noirel, note sous Civ., 22 avril 1959, D., 1959.309.

(4) Cf., par exemple, Civ., 19 février 1963, *J.C.P.*, 1963.13112 ; Trib. gr. inst. Versailles, 2 février 1960, *Gaz. Pal.*, 1960.I.236 ; *J.C.P.*, 1960.II.11625 ; *Revue*, 1960.370, note Ph. Francescakis.

un rôle subsidiaire. Si l'exécution de l'obligation de contribution suffit à satisfaire les besoins du conjoint, l'obligation de secours n'interviendra pas ou restera sur un plan purement moral. Elle interviendra au contraire, si l'obligation de contribution cesse, à la suite du divorce par exemple, ou si elle est insuffisante. Dans le premier cas, on n'aura affaire qu'à une seule loi. Dans le second cas, l'intervention de la loi personnelle constituera une protection supplémentaire. Au besoin, si cette protection se révélait insuffisante, on ferait intervenir la notion d'ordre public.

SECTION III

LES CONTRATS ENTRE ÉPOUX

§ Ier. — Généralités
Les différentes lois qui peuvent prétendre gouverner les contrats entre époux

231. Les contrats entre époux posent un problème aussi délicat que celui de l'obligation alimentaire et du devoir de contribution aux charges du ménage. En outre, il n'est pas toujours bien cerné et se complique d'autant. La jurisprudence est rare et peu claire. Mais la doctrine cherche très souvent à déterminer la loi qui régit les contrats entre époux et l'on hésite entre la loi d'autonomie, c'est-à-dire la loi qui gouverne les contrats en général, la loi personnelle des contractants, la loi des effets personnels du mariage, la loi du régime matrimonial et la loi successorale. La compétence de la loi d'autonomie se fonde sur une constatation d'évidence : le contrat, même s'il a été passé entre des époux, n'en reste pas moins un contrat. Celle de la loi personnelle des contractants implique que les limitations que porte la loi aux contrats entre époux constituent autant d'incapacités qui s'attachent aux parties. La compétence de la loi des effets personnels repose sur l'idée que le lien conjugal existant entre les contractants donne au contrat une nature particulière. Celle de la loi du régime matrimonial se justifie par le fait que les contrats entre époux constituent des relations généralement d'ordre patrimonial. Le raisonnement conduisant à soutenir la compétence de la loi successorale est moins simple et tient en deux points : on admet d'abord que la révocabilité des donations entre époux les lie au droit successoral et l'on ajoute que la législation particulière régissant les contrats entre époux vise à éviter que l'on puisse tourner les restrictions apportées aux donations. M. Cornu, à propos de l'ancien droit où cette conception aurait été particulièrement vivante, déclare : « La prohibition générale (des contrats entre époux) résulte de la seule interdiction des donations entre époux. Mais celle-ci est si forte qu'elle englobe la plupart des contrats à titre

onéreux dans la même présomption de fraude ou de simulation » (1). Il était présumé, selon l'auteur, que tout contrat entre époux déguisait une donation. « Il n'est pas sûr, conclut-il, que cette méfiance ne domine pas encore partiellement la conscience contemporaine ». Aujourd'hui beaucoup d'auteurs se prononcent pour le rattachement des donations entre époux au statut successoral (2), mais cette solution ne vaut que pour les libéralités, nul ne prétend l'étendre à tous les contrats. En somme, on ne conserve que la première partie du raisonnement que M. Cornu prête aux juristes d'ancien droit. Mais l'on ne saurait plus prétendre aujourd'hui englober la plupart des contrats à titre onéreux dans une présomption de fraude : le déguisement ne se présume pas, il doit être prouvé, à moins qu'une loi ne déclare le contraire. Or, en droit français, une présomption est certes édictée par l'article 1100 du Code civil, mais elle se rapporte à l'interposition de personne.

Si donc l'on met à part la question des donations entre époux, on peut éliminer la compétence de la loi successorale. On a parfois fait état de la vocation à compétence de la *lex loci actus* (3) et certes, on ne peut entièrement la négliger. Mais cette vocation se limite à la forme des contrats et le rôle de la *lex loci actus* est comparable à celui qu'elle tient dans le contrat de mariage lui-même.

Le débat se trouve ainsi limité entre la loi d'autonomie, la loi de capacité, la loi des effets personnels du mariage et la loi du régime.

232. La compétence de la loi nationale a été soutenue récemment par M. de la Marnierre (4). Tout ce qui tient à la capacité juridique, affirme l'auteur, dépend de la loi nationale. Mais n'est-ce pas une extension excessive de la notion de capacité ? On a fait remarquer que toute règle impérative édicte en quelque sorte une incapacité, puisqu'elle impose une certaine conduite aux intéressés qui sont dès lors incapables de procéder différemment (5). Aussi apparaît-il nécessaire de distinguer entre les incapacités générales et les incapacités spéciales, entre celles qui s'attachent à la personne tout entière, qui en font un incapable et celles qui lui interdisent seulement une catégorie déterminée d'actes.

En ce qui concerne les restrictions aux contrats entre époux, l'incapacité est spéciale en ce sens qu'elle ne se rapporte qu'aux actes passés avec une personne déterminée. En outre, elle est spéciale dans le sens qu'elle ne vise que certains des actes passés avec cette personne. Enfin, elle ne tient nullement à la faiblesse

(1) G. Cornu, « Le contrat entre époux. Recherche d'un critère général de validité », *Rev. trim. dr. civ.*, 1953.461 et s., spécialement p. 463.

(2) Cf. n° 258 et s.

(3) Une allusion : A. Ponsard, « Mariage. Effets personnels », *J-Cl. Dr. int.*, fasc., 546-D, n° 67.

(4) E. S. de la Marnierre, note sous Paris, 26 février 1964, D., 1965.26.

(5) H. Batiffol, thèse, p. 7.

d'une des parties concernées, à son *imbecillitas*. Elle est fondée sur les rapports particuliers qui existent entre elles.

La spécificité de ces rapports est due à l'état de mariage et celui-ci est une double condition pour la réglementation qui s'y attache. En effet, il suppose, d'une part, que les personnes concernées sont mariées et, d'autre part, qu'elles sont mariées entre elles. Cette constatation est certes évidente. Elle revient à dire que la réglementation ne concerne que les contrats entre époux. Mais encore faut-il en tenir compte. Elle conduit à affirmer la vocation à compétence de l'une des lois gouvernant les effets du mariage. Encore peut-on hésiter entre la loi qui régit le statut patrimonial des époux et celle qui gouverne les effets personnels du mariage. Et puis, il s'agit de savoir si cette vocation est entière et si la loi retenue doit vraiment régir tout le contrat. On pourra peut-être trouver la réponse à ces questions dans une analyse de la nature des contrats entre époux.

§ 2. — Nature des contrats entre époux

233. On a généralement cherché à déterminer la loi applicable aux contrats entre époux, sans évoquer le problème de leur nature. Il convient pourtant de se demander en premier lieu si les contrats entre époux sont fondamentalement différents des contrats ordinaires. Car s'il n'en est pas ainsi, la loi applicable ne doit-elle pas se déterminer de la même façon que pour ces derniers ? L'on devrait alors opter pour la loi d'autonomie. C'est à la lumière de celle-ci que le contrat devrait être interprété. Le mariage produirait certes son effet, mais limité et c'est dans les limites de cet effet que la loi du statut pécuniaire ou celle des effets personnels du mariage pourrait intervenir. Elle ne régirait pas le contrat ; son rôle se limiterait à un contrôle, à une censure.

A l'inverse, si le fait pour les contractants d'être mariés entre eux modifie fondamentalement la nature du contrat, l'on comprend que celui-ci échappe alors à l'empire de la loi qui régit les contrats ordinaires. Le rôle de la loi des effets personnels ou de celle du statut pécuniaire ne se bornera pas à un simple contrôle, mais il sera de gouverner le fond même du contrat.

234. Or selon une théorie reçue dans l'ancien droit, le mariage ne se contente pas seulement de modifier la nature du contrat, il rend tout contrat impossible : la transposition du principe de l'*unitas carnis* sur le plan juridique conduit, en effet, à décider que les époux ne forment plus qu'une personne qui ne peut évidemment contracter avec elle-même. Si ce principe est d'origine biblique, on peut néanmoins faire un rapprochement avec le droit romain où seul le *pater familias* apparaît sur la scène du droit et représente toute la famille, les relations au sein de cette dernière étant consi-

dérées comme extra-juridiques (1). Cette théorie extrême qui aurait même pu conduire à mettre hors du domaine juridique les relations entre époux et en tout cas le régime matrimonial (2), n'a plus cours (3), même en Angleterre où elle a été la plus vivace et où juridiquement la personnalité de la femme s'est longtemps trouvée absorbée par celle de son mari, mais où la jurisprudence d'abord, puis la législation entre 1870 et 1935 ont peu à peu atténué la rigueur du principe (4).

En s'affaiblissant et en se transformant, cette théorie de l'*unitas carnis* n'a-t-elle pas laissé survivre l'idée que les relations juridiques entre époux, sans sortir de la sphère juridique, se placent néanmoins sur un plan tout à fait différent de celui des relations qui s'établissent entre d'autres personnes ? Il y aurait deux compartiments de droit distincts, celui des rapports extérieurs et celui des rapports entre conjoints. Il en résulterait que le contrat entre époux serait d'une nature autre que celle du contrat ordinaire, chacun appartenant à un ordre différent.

La question resterait posée de savoir si les contrats entre époux se rattachent au statut pécuniaire ou au statut personnel des conjoints. On peut penser que toutes les conventions ayant un caractère patrimonial devraient être rattachées à la loi du régime. « En effet, jadis, les contrats qui intervenaient entre époux ... n'intervenaient qu'en vue d'assurer entre eux l'exécution de leur régime matrimonial » (5). D'aucuns diront que la réglementation des contrats entre époux concerne l'organisation de la famille et qu'à ce titre il faut préférer la compétence de la loi des effets personnels du mariage, mais il s'agit d'une fausse raison car cette organisation présente deux aspects, l'un personnel et l'autre patrimonial et si au premier correspond la loi des effets personnels, le second se rattache à la loi du régime.

235. Pourtant, il ne semble pas que cette conception dérivée assez lointainement de l'*unitas carnis* soit encore adaptée aux idées d'aujourd'hui. « De l'ancienne conception du contrat entre époux destiné à s'intégrer au régime matrimonial pour en assurer ou en faciliter l'exécution, on en est arrivé au contrat entre époux qui se veut indépendant de ce régime ... » (6). De façon plus géné-

(1) L'article 380 du Code pénal est peut-être une survivance lointaine de cette idée, lorsqu'il déclare que le vol entre mari et femme, entre ascendants et descendants, entre alliés, n'est pas puni pénalement.

(2) Cf. la *Common Law* anglaise.

(3) Cf. pourtant : R. David, préface de *L'égalité des époux en droit allemand* par C. Labrusse-Riou, 1965. M. David met en doute la vocation du droit à gouverner les rapports familiaux.

(4) Cf. M. Lefebure, Angleterre in *Institut de Droit comparé, Le régime matrimonial légal*, p. 37 et s. ; L.N. Brown et Ph. Gastambide, Grande-Bretagne, *J. cl. Dr. Int.*, fasc. I, nos 90 et s.

(5) P. Julien, *Les contrats entre époux*, 1962, p. 3.

(6) P. Julien, *op. cit.*, p. 3. Néanmoins, le mandat prévu à l'article 218 du Code civil (« Un époux peut donner mandat à l'autre de le représenter dans

rale, on admet que chaque époux doit avoir une personnalité indépendante. Il serait vain d'évoquer à ce propos le thème rebattu et peut-être faux de la désintégration de la famille (1) et d'ailleurs il ne s'agit pas de cela. Mais l'idée sans doute se manifeste de nos jours qu'il appartient aux époux eux-mêmes d'organiser les relations au sein de leur ménage, que cette organisation n'est pas d'ordre juridique, et qu'au regard du droit les conjoints doivent être considérés l'un par rapport à l'autre comme des personnes ordinaires. N'affirme-t-on pas parfois que les devoirs réciproques des époux énumérés à l'article 212 du Code civil devraient échapper au domaine du droit ? Cette idée n'est pas tellement différente de la conception romaine de la famille. Pourtant, le droit romain classique, s'il s'interdisait de se mêler de l'organisation intérieure de la famille, ne connaissait au fond que les familles, par l'intermédiaire de leur représentant, le *pater familias* et ne se préoccupaient pas des personnes qui la composaient. Aujourd'hui, la tendance serait, au contraire, de ne connaître que les personnes et non la famille, avec cette réserve que l'on interviendra dans l'organisation de la famille pour protéger les personnes. Il ne s'agit bien sûr que d'une simple tendance et il ne faudrait pas l'exagérer, mais elle explique que l'on veuille considérer les époux comme des personnes ordinaires, même lorsqu'ils contractent entre eux, les règles particulières visant seulement à assurer qu'il en soit réellement ainsi.

Les contrats entre époux seraient donc considérés comme des contrats ordinaires, dans la mesure du possible. On objecte, en effet, que « l'assimilation des contrats entre époux aux contrats passés entre personnes étrangères les unes aux autres ne peut être réalisée : ces contrats gardent l'empreinte de leur auteur et réagissent sur la vie du ménage » (2). Mais cette constatation, vraie sans aucun doute (3), doit-elle nécessairement avoir des conséquences sur le plan juridique ? L'attitude de la jurisprudence confirmée par la législation donne à penser que non. La vie du ménage est affectée par le contrat, mais un contrat ordinaire ne peut-il parfois avoir des conséquences sur les relations des contractants qui n'avaient pas été envisagées ? Les incidences du contrat sur les relations des époux, sur la vie de la famille ne dénaturent pas nécessairement le contrat ou du moins l'altération sera « purement psychologique » (4). Sur le plan juridique et en règle générale, l'assimilation du contrat

l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue ») échappe à cette évolution. Pour cette raison, on peut penser que ce contrat doit pour le fond être soumis tout entier à la loi du régime matrimonial.

(1) Cf. pourtant : G. Cornu, « Le contrat entre époux », *Rev. trim. dr. civ.*, 1953.461 et s. « La nécessité du contrat naît de la faiblesse du mariage ». En sens contraire, P. Julien, *op. cit.*, p. 14, n° 6.

(2) M.-L. Revillard-Cuilleret, *Les contrats entre époux en droit international privé*, thèse Lyon, 1964, dactylographie, p. 6.

(3) Cf. pourtant : J. Hémard, « Les contrats à titre onéreux entre époux », *Rev. trim. dr. civ.*, 1938.671.

(4) P. Julien, *op. cit.*, p. 19, n° 10.

entre époux au contrat ordinaire se défend donc parfaitement, mais il faut préciser qu'elle ne sera pas toujours réalisée : c'est dans ce dernier cas que le législateur interviendra. Il s'assurera en somme que le contrat n'est pas dénaturé (1) par la qualité d'époux des cocontractants. Alors que primitivement on pensait que la nature du contrat s'en trouvait toujours changée, on admet qu'elle pourra l'être parfois, mais qu'en règle générale elle ne le sera pas.

La conséquence doit en être que le contrat entre époux sera soumis à la loi d'autonomie comme n'importe quel contrat, dans la mesure en tout cas, où il n'est pas dénaturé. Les conditions posées par cette loi s'appliqueront et c'est d'après elle qu'il devra être interprété.

236. Mais en quoi peut consister une éventuelle dénaturation ? On a souvent avancé l'idée que le consentement échangé par les époux était suspect et qu'ils n'avaient pas toujours « le degré de liberté nécessaire pour stipuler sans amour, sans passion et sans partialité » (2). « La dépendance obligée d'un époux par rapport à l'autre dans le mariage s'oppose donc à l'indépendance qui caractérise l'état d'esprit des contractants » (3). Si les réglementations portées par le droit aux contrats entre époux se rapportaient vraiment au consentement, on pourrait soutenir qu'elles aussi doivent dépendre de la loi du contrat puisque l'existence du consentement ainsi que ses vices en relèvent (4). Même si l'on admet que ce n'est pas directement le consentement qui est concerné, mais plutôt l'équilibre du contrat, on peut objecter que les situations où cet équilibre est en cause sont fréquentes, même en dehors de l'hypothèse des contrats entre époux. Le législateur prend alors des mesures pour le rétablir, sans nécessairement d'ailleurs y parvenir. Ces mesures constituent des restrictions à la liberté contractuelle. Il s'agit de règles impératives qui régissent les contrats. Or il est admis que celles-ci dépendent bien de la loi d'autonomie. Cette solution aurait l'avantage de la simplicité, la même loi régissant le fond du contrat et prévoyant l'incidence de la qualité d'époux des contractants.

Mais, en vérité, la considération des pressions que pourrait exercer un époux sur l'autre est devenue secondaire, en ce sens qu'il en sera seulement tenu compte si le droit matrimonial est en cause. On se préoccupe moins au fond de la dénaturation que

(1) L'expression *dénaturation du contrat entre époux* se trouve chez G. Cornu. « Les contrats entre époux », *Rev. trim. dr. civ.* 1953, p. 475. On a proposé de lui substituer celle d'*altération* qui ne présenterait pas l'inconvénient d'avoir déjà un autre sens précis dans la langue juridique (P. Julien, *op. cit.*, p. 18, n° 8). Mais le risque de confusion est-il réel ?

(2) G. Cornu, *op. cit.*, 461 et s., n° 8.

(3) P. Julien, *op. cit.*, p. 10.

(4) Cf. R. Dayant, « Contrats. Théorie générale. Domaine de la loi d'autonomie », *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 552-D, n°s 12 et s.

peut faire subir au contrat la qualité de conjoint des cocontractants que des répercussions du contrat sur le droit du mariage. Il est certain que le contrat, du fait même qu'il touche au mariage, n'est pas un contrat ordinaire et se trouve lui-même altéré. Mais la question est de savoir si le législateur intervient plutôt parce que le contrat est affecté ou parce que le mariage est en cause. L'idée a été avancée que « le mariage doit être préféré au contrat » (1). Elle ne sera guère contestée que par les libertaires. On peut en tirer cette conséquence que la considération de l'altération du mariage prime celle de la dénaturation du contrat : la législation spéciale concernant les contrats entre époux vise à protéger non pas le contrat, mais le mariage. Cette législation concerne le mariage avant de concerner les contrats.

L'intervention de la loi qui gouverne le mariage s'explique alors. L'institution du mariage doit être protégée contre l'ingérence dans son domaine d'autres institutions. Elle est certes suffisamment souple pour supporter d'une manière générale l'existence de contrats entre époux, même si ceux-ci influent sur la vie du ménage. Mais certains de ces contrats auront des incidences plus fortes que d'autres, qui nécessiteront alors l'intervention d'un mécanisme de protection du mariage.

§ 3. — Rôle de la loi des effets personnels du mariage et de la loi du régime matrimonial

237. La plupart des auteurs de droit interne soulignent que le mariage peut être en cause dans deux de ses aspects. Les contrats peuvent fausser les effets personnels du mariage ou le statut patrimonial des époux (2).

La conséquence qu'on peut en tirer du point de vue des règles de rattachement est la suivante. Selon que les relations personnelles des époux sont en jeu, la loi des effets personnels du mariage a vocation à intervenir, à contrôler le contrat et au besoin à le censurer, et selon que le statut pécuniaire des époux est en cause, cette vocation appartient à la loi du régime. Les règles limitant la liberté

(1) P. Julien, *op. cit.*, p. 15, n° 6.

(2) Cf. P. Julien, *op. cit.* : le plan de la première partie de l'ouvrage cité est fondé sur cette distinction. Il est, en effet, divisé en deux chapitres. Chapitre premier : Les contrats entre époux et les règles d'ordre public des rapports personnels entre époux ; chapitre deuxième : les contrats entre époux et les règles d'ordre public du statut patrimonial des époux. Cf. de même P. Kayser, Préface de l'ouvrage précité. « Ce n'est qu'après avoir passé un contrat au crible de ces deux catégories de règles qu'on peut le considérer comme valable ». Cf. G. Cornu, « Le contrat entre époux », *Rev. tr. dr. civ.*, 1953.461. L'article est construit en deux parties, la première s'intitulant « contrat et statut personnel des époux » ; la seconde « contrat et statut patrimonial des époux ». Cf. J. Hémard, « Les contrats à titre onéreux entre époux », *Rev. tr. dr. civ.*, 1938. 671, spécialement p. 686, n° 29.

contractuelle entre époux ne sont que des corollaires ou des applications des règles régissant les effets du mariage ou le régime matrimonial. La loi du régime interviendra pour préserver le statut pécuniaire des époux, et la loi des effets personnels pour protéger l'organisation de leurs relations personnelles.

Pourtant, les internationalistes ne préconisent pas généralement un tel système. Il leur semble, au contraire, nécessaire de soumettre tous les contrats entre époux à une loi unique (1). Or consciemment ou inconsciemment, dès qu'une hésitation est permise entre les deux rattachements, ils donnent toujours la préférence à la loi des effets personnels. On fait observer à ce titre que les règles relatives aux contrats entre époux jouent quel que soit le régime matrimonial adopté (2). Cet argument repose sur la confusion déjà signalée entre les deux sens de l'expression *régime matrimonial*. On tire argument du fait que les contrats entre époux « ne constituent pas un élément de l'organisation et du fonctionnement du régime matrimonial et lui font même concurrence dans la mesure où ils modifient la répartition des biens, des pouvoirs ou des responsabilités établie par le régime matrimonial et où ils portent atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales » (3). Pour M. Batiffol, il faut veiller notamment « à la modification détournée du régime matrimonial » (4). Ainsi donc, c'est parce que les contrats entre époux risquent de perturber les relations patrimoniales des époux telles qu'elles sont organisées par leur régime matrimonial, que la loi du régime ne sera pas compétente ! Ce raisonnement nous paraît porter en lui-même sa propre réfutation. Enfin, on fait état de ce que la réglementation des contrats entre époux « est le reflet d'une certaine conception des relations personnelles entre les époux » (5). Cette constatation est certainement exacte. Mais la séparation entre statut patrimonial et statut personnel n'est pas totale. Le régime matrimonial ne fait somme toute que traduire sur le plan patrimonial une certaine conception des relations personnelles entre époux. « Le contrat de mariage n'est qu'une projection sur les biens du mariage lui-même » (6). On ne peut donc pas à la fois récuser cet argument lorsqu'on détermine la loi applicable au régime matrimonial, en refusant de l'intégrer aux effets personnels du mariage, et l'accueillir lorsqu'il s'agit de délimiter le domaine de cette loi. Si l'on admet qu'il est insuffisant au regard des arguments en sens contraire pour décider du rattachement du régime à la loi des effets personnels, il sera non moins insuffisant en ce qui concerne les contrats entre époux.

(1) M.-L. Revillard-Cuilleret, *Les contrats entre époux en droit international privé*, thèse Lyon, 1964, dactylographiée.
(2) M.-L. Revillard-Cuilleret, *op cit.*, p. 23 et s.
(3) M.-L. Revillard-Cuilleret, *op. cit.*, p. 31.
(4) H. Batiffol, *Traité*, p. 512, n° 457.
(5) M.-L. Revillard-Cuilleret, *op. cit.*, p. 32, plus spécialement à propos des donations.
(6) R. Savatier, note sous Req, 4 juin 1935, D.P., 1936.I.7.

En outre, on peut constater que des pays qui ne connaissent pas le principe de la liberté des conventions matrimoniales et qui imposent le régime légal à tous les époux, laissent à ceux-ci une entière liberté en ce qui concerne les contrats entre époux (1). Cette liberté peut alors être considérée comme une compensation à l'absence de liberté des conventions matrimoniales (2).

S'il faut choisir entre la loi des effets personnels et celle des effets pécuniaires du mariage pour l'ensemble des contrats entre époux, il est certain qu'on ne peut le faire sans sacrifier de façon arbitraire la vocation à compétence de l'une ou de l'autre. L'élimination complète de la loi des effets personnels ne se justifierait pas mieux que celle du statut patrimonial. Mais faut-il nécessairement préférer l'une à l'autre ?

238. On prétend aboutir à l'unité de rattachement des contrats entre époux. Mais on oublie que la loi retenue ne s'imposera que pour les règles particulières résultant de la qualité de conjoint des contractants. Pour le reste, « les conflits de lois seront résolus selon les principes habituels » (3). Ainsi, une fois que la loi retenue aura décidé, par exemple, que la vente entre époux est permise, les conditions de fond et les effets de ce contrat de vente, en tant qu'ils ne sont pas modifiés par la qualité des contractants, ressortiront à la loi d'autonomie. Celle-ci gouvernera donc les contrats à titre principal. La loi des effets personnels du mariage ou la loi du régime matrimonial exercera un contrôle, une censure. Même si l'on élimine l'une d'elles, l'unité ne sera pas assurée. Bien sûr, on peut penser que la situation s'en trouvera néanmoins quelque peu simplifiée. Mais celle-ci n'est pas aussi complexe qu'il peut sembler à première vue. Il faut, en effet, relever que souvent la loi du régime matrimonial et la loi des effets personnels du mariage se confondront en pratique (4). Cette constatation n'est pas en elle-même déterminante. Il faut y ajouter que la loi d'autonomie qui gouvernera à titre principal le contrat se confondra elle-même presque toujours soit avec ces deux lois lorsqu'elles sont elles-mêmes confondues, soit du moins avec la loi du régime ou avec la loi des effets personnels, les époux ne pouvant pas la plupart du temps se référer sans arbitraire à une autre loi.

(1) Cf. U.R.S.S. (*J.-Cl. Dr. Comp.*, Union des Républiques socialistes soviétiques, fasc. 1, par A. Dominique, nos 127 et s.) ; Yougoslavie (*J.-Cl. Dr. Comp.*, Yougoslavie, par K. Stoyanovitch, fasc. 1, nos 96 et s.) sauf controverses ; Hongrie (*J.-Cl. Dr. Comp.*, Hongrie, par P. Szigeti, nos 23 et s.), sauf exigence de l'acte authentique pour de nombreux contrats.

(2) D'autres pays, il est vrai, qui connaissent la liberté des conventions matrimoniales ne sont pas moins libéraux en ce qui concerne les contrats entre époux. Cf. Grande-Bretagne, Etats-Unis, Allemagne, Suisse, Danemark, Autriche. Cf. M.-L. Revillard-Cuilleret, *op. cit.*, p. 20.

(3) A. Ponsard, « Effet personnels du mariage », *J.-Cl. Dr. Int.*, no 64.

(4) Il en est ainsi lorsque les époux sont de nationalités différentes et que leur domicile est bien établi, sans changement depuis le mariage.

Il semble qu'un tel système soit appliqué en Allemagne (1). Les contrats entre époux ne sont pas soumis en droit allemand à des règles particulières. Mais par suite d'un conflit de lois, les juges allemands peuvent être amenés à tenir compte de prohibitions étrangères. Si une interdiction trouve « sa raison d'être dans les relations personnelles entre époux considérées en elles-mêmes » (1), elle sera applicable à condition d'être formulée par la loi des effets personnels du mariage. « Si, en revanche, l'interdiction intéresse les rapports patrimoniaux des époux, il n'en sera tenu compte que si elle rentre dans le statut du régime des biens matrimoniaux » (1).

239. Il ne s'agit pas là d'une problématique recherche des intentions du législateur. On peut, en effet, déterminer objectivement quels principes du régime matrimonial ou de l'organisation des rapports personnels des époux se trouveraient atteints par un contrat donné et motivent l'interdiction de celui-ci. Les auteurs qui ont traité du problème en droit interne n'ont éprouvé aucune difficulté à dégager les quelques principes en nombre limité que les contrats entre époux peuvent mettre en cause. Selon M. Julien, « les règles d'ordre public des rapports personnels entre époux susceptibles de s'opposer à l'existence d'un contrat entre époux, sont d'une part, la qualité de chef de famille du mari, d'autre part le devoir d'assistance entre époux » (2), et il ajoute, en ce qui concerne le statut patrimonial des époux, la règle de l'immutabilité. M. Hémard, de son côté, écrivait que « les contrats entre époux ne doivent pas déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants ou qui appartiennent au mari comme chef (art. 1388), ni modifier les conventions matrimoniales (art. 1395), ni enfin réaliser des donations déguisées (art. 1099) » (3). Compte tenu des réformes du Code civil intervenues entre temps et en mettant à part le problème des donations, la liste de M. Hémard est la même que celle de M. Julien.

M. Lalou énumérait six principes dont la méconnaissance pouvait justifier la nullité des contrats entre époux. « 1° Principe de la subordination de la femme au mari ; 2° Règles concernant la puissance paternelle 3° Prohibition du divorce et de la séparation de corps par consentement mutuel ; 4° Règles concernant la pension alimentaire ; 5° Principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; 6° Principe de la révocabilité *ad nutum* des donations entre époux durant le mariage » (4). Cette énumération appelle quelques remarques. D'abord, en ce qui concerne l'obligation alimentaire, l'in-

(1) Cf. H. Dölle, *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, p. 72-73.

(2) P. Julien, *op. cit.*, p. 31.

(3) J. Hémard, « Les contrats à titre onéreux entre époux », *Rev. trim. dr. civ.*, 1938, p. 671, spécialement p. 686.

(4) H. Lalou, « Des contrats entre époux », *Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, 1938, p. 417, spécialement p. 419.

terdiction ne porte que sur les conventions emportant renonciation ou remise de cette pension (1) et elle ne tient pas à la qualité d'époux des contractants puisque les mêmes règles valent pour toutes les obligations alimentaires. Ensuite, M. Lalou fait allusion à des conventions ayant pour objet d'établir d'un commun accord le divorce ou la séparation de corps. Il s'agit dans ces cas de s'attaquer délibérément à des règles considérées comme d'ordre public. On pourrait alors ajouter que les conjoints ne peuvent faire de contrat ayant pour objet de se délier l'un envers l'autre des devoirs réciproques des époux. On peut imaginer toutes sortes de conventions d'une espèce identique, qui n'auraient évidemment de sens qu'entre époux, puisqu'elles s'attaqueraient directement au mariage lui-même. Leur rattachement selon leur objet paraît évident (2). Les autres auteurs n'ont voulu tenir compte que des conventions qui ne touchaient qu'indirectement à l'institution du mariage par la seule qualité des contractants. Pourtant, les deux catégories de conventions ne sont pas fondamentalement différentes. Plus l'atteinte soit à l'organisation personnelle du mariage, soit au statut pécuniaire des époux, est directe, plus l'intervention de la loi des effets personnels ou de la loi du régime paraît aller de soi. A propos du principe de l'immutabilité qui justifiera pratiquement seul l'intervention de la loi du régime, il faut relever qu'il doit être entendu dans un sens très large. Autrement dit, même s'il est remplacé par un principe de mutabilité limitée (3), ce dernier ne justifie pas moins bien la prohibition des contrats ayant pour effet de modifier les conventions matrimoniales car une telle modification, pour être valable, supposera des conditions qui, par hypothèse, ne seront pas réunies. A la limite, le principe de l'indivisibilité pourrait être mis en cause.

Les listes établies en droit interne français n'ont, sur le plan des conflits de lois, qu'une valeur indicative. Elles montrent de quelle manière la cause d'une prohibition peut être découverte. La prohibition sera appliquée seulement si sa cause est du ressort de la loi qui l'édicte. Si la cause de l'interdiction de contracter est que le contrat ne respecte pas le principe de l'immutabilité, il faudra que la prohibition résulte de la loi du régime, pour que l'on ait à en tenir compte. Il faut remarquer que si l'on n'admettait pas ce point, on en arriverait à la conclusion, étant donné que le principe de l'immutabilité dépend de la loi du régime, que si l'atteinte au principe de l'immutabilité est directe et délibérée, elle ressortirait à la loi du régime et, si, au contraire, elle est subreptice et indirecte, elle ressortirait à une autre loi. C'est une conséquence que n'envisagent pas ceux qui prétendent soumettre les contrats entre époux à la loi des effets personnels du mariage.

(1) Cf. *Nouv. Rép. Dalloz*, V° *Aliments*, n° 33.

(2) Pour la soumission au statut personnel d'une convention de séparation amiable, cf. la célèbre *affaire Patino*, Civ., 15 mai 1963, *Gaz. Pal.*, 1963.II.41.

(3) Cf. loi du 13 juillet 1965.

§ 4. — La jurisprudence

240. Quelle est la position de la jurisprudence sur le problème des contrats entre époux ? Il faut d'abord relever la relative rareté des décisions, sauf en ce qui concerne les donations. Or ces dernières posent un problème différent (1).

On trouve pourtant quelques décisions qui ont eu à statuer sur la vente entre époux. Cette dernière est le seul contrat entre époux dont la nullité est formellement consacrée par le législateur français. Or la vente entre époux ne met nécessairement en cause ni l'organisation des rapports personnels des conjoints, ni leur statut pécuniaire. La prohibition s'explique seulement par les risques qui existent de ce point de vue (2). Jadis on craignait qu'elles ne cachent des donations non révocables et dépassant la quotité disponible. Aujourd'hui, il s'agit surtout d'empêcher l'époux qui a des dettes de faire « passer ses biens sur la tête de son conjoint pour les soustraire à son créancier »[3](3). Si l'on est fidèle à la conception ancienne, alors la vente entre époux doit être soumise à la loi qui régit les donations. Si l'on admet, au contraire, la conception récente, alors est en cause la composition des patrimoines et donc le régime matrimonial.

Mais la jurisprudence donne compétence à la loi personnelle. En 1852, déjà, la Chambre des requêtes avait admis cette solution, sans autrement la justifier (4). En 1938, elle précisa que si la nullité édictée par l'article 1595 du Code civil relève du statut personnel des contractants, c'est qu'elle tient à leur incapacité (5). On peut voir là une fois de plus une manifestation de la timidité que témoignent la jurisprudence et la doctrine pour étendre le rôle de la loi du régime.

241. En ce qui concerne les sociétés entre époux, les juges ont également eu l'occasion de rendre quelques décisions.Dans le droit français contemporain, toutes les sociétés où les époux sont « ensemble indéfiniment et solidairement responsables » sont prohibées (6). La raison en est que la femme ou le mari ne bénéficierait plus des protections que lui accorde le régime matrimonial : « droit de demander la séparation conventionnelle, bénéfice d'émolument ou faculté de renoncer à la communauté » (7). Antérieurement à 1958,

(1) Cf. *infra*, nos 258 et s.
(2) Cf. Ph. Malaurie, *Encycl. Dalloz, Rép. Dr. Civ.*, Vo *Vente*, nos 154 et s.
(3) Ph. Malaurie, *Encycl. Dalloz, Rép. Dr. Civ.*, Vo *Vente*, nos 154 et s.
(4) Req., 19 avril 1852, S., 1852.I.801.
(5) Req., 25 janvier 1938, D.H., 1938.164 ; *Revue*, 1938.479, note H. Batiffol.
(6) L'article 1841 du Code civil, dans la rédaction de l'ordonnance du 19 décembre 1958 ne fait allusion à ce propos qu'aux seules sociétés commerciales. Les auteurs estiment généralement que la prohibition doit être étendue aux sociétés civiles. Cf. P. Jaubert, *J. cl. Dr. civ.*, art. 1835, 1842, no 106.
(7) P. Jaubert, *J. cl. Dr. civ.*, art. 1835-1842, no 106. La loi du 13 juillet 1965 supprime la faculté de renoncer à la communauté et rend réciproques les autres protections.

la prohibition beaucoup plus générale s'expliquait par les dangers d'une atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales. Accessoirement, on ajoutait à cette raison la possibilité qu'il y aurait eu par le moyen d'une société entre époux de tourner la prohibition de l'article 1595 du Code civil ou de réaliser des donations déguisées. Enfin, avant 1942, une société pouvait éventuellement mettre en cause l'autorité maritale. Ce dernier point de vue justifiait l'intervention de la loi des effets personnels du mariage. La Cour d'Alger admettait le 27 janvier 1899 la validité d'une société entre époux, « attendu que les époux Régis-Milano, mariés en Italie en 1861, sans contrat, étaient soumis au régime paraphernal ou de séparation de biens ; — que la loi italienne ne prohibe entre époux que la donation ; — qu'elle ne prohibe pas la société, à moins qu'elle ne déguise une donation ; — qu'une société particulière relative à un commerce déterminé n'a rien d'incompatible avec un régime de séparation, rien de contraire à l'autorité maritale, surtout quand le mari en est le gérant » (1). On ne sait pas très bien si la Cour entend consacrer la compétence de la loi du régime ou celle de la loi personnelle, d'autant qu'elle ajoute « que ces principes sont également vrais en droit français ». Mais on peut remarquer qu'elle relève, en l'occurrence, la comptabilité de la société avec, d'une part, le régime matrimonial et, d'autre part, le statut personnel des époux. Un arrêt de la Cour de Lyon du 24 avril 1929 n'est pas moins ambigu (2). Un jugement du Tribunal civil de Biella en Italie avait déclaré en état de faillite un sieur Comola, ainsi que sa femme et son fils qui auraient été ses associés. La Cour accorde l'*exequatur* au jugement étranger en tant qu'il déclare en faillite le père et le fils, mais le refuse en tant qu'il étend la faillite à la femme du sieur Comola : « Si régulière que soit la décision rendue contre la dame Comola, d'après la loi italienne, son exécution en France, alors qu'elle est redevenue française, serait contraire aux principes de l'ordre public et du droit public en France ». On peut se demander pourquoi la décision parle d'ordre public (3), alors qu'il semble s'agir tout simplement de la compétence normale de la loi nationale de la femme puisque la solution paraît dépendre de la nationalité de cette dernière (4). Mais si l'on examine d'un peu près les faits de la cause, l'on s'aperçoit qu'au moment où le jugement de faillite avait été rendu en Italie, soit le 6 août 1926, la dame Comola avait encore la nationalité italienne, puisqu'elle est redevenue française seulement le 14 janvier 1929, par application de la loi du 10 août 1927. Si donc la loi nationale avait été normalement compétente, la femme aurait pu être l'associée de son mari au sein d'une même société, conformément à la loi italienne qui ne prohibe pas les sociétés entre époux. Mais

(1) Alger, 27 janvier 1899, *Clunet*, 1899.558.
(2) Lyon, 24 avril 1929, S., 1931.II.25, note J. P. Niboyet.
(3) Le recours au droit public français ne s'explique pas du tout.
(4) Pour cette interprétation : J. P. Niboyet, note sous Lyon, 24 avril 1929, S., 1931.II.25 ; M.-L. Revillard-Cuilleret, *op. cit.*, p. 44.

la Cour a fait application de la loi française au nom de l'ordre public, sans préciser quelle était la loi normalement compétente, ni surtout à quel titre. Niboyet pensait pourtant que la loi française avait été déclarée compétente par application des règles normales de rattachement : la compétence aurait été appréciée non au jour du jugement dont l'*exequatur* était demandé, mais au jour de la décision d'*exequatur* (1). Mais cette solution eût été une erreur manifeste et M. Batiffol préfère interpréter l'arrêt comme ayant repoussé l'application de la loi italienne au nom de l'ordre public (2), quoique l'opportunité du recours à cette notion lui paraisse contestable en la matière.

On peut en tout cas conclure que la jurisprudence ne s'est jamais clairement prononcée sur le problème de la loi applicable aux sociétés entre époux.

(1) J. P. Niboyet, note sous Lyon, 24 avril 1929, S., 1931.II.25.

(2) H. Batiffol, « Chronique de jurisprudence française ; conflits de lois », *Revue*, 1934.607 et spécialement p. 612 et s.

CHAPITRE II

RÉGIME MATRIMONIAL, STATUT DES BIENS ET SUCCESSIONS

242. Le régime matrimonial est le statut qui règle les intérêts patrimoniaux des époux. Ceux-ci se rapportent à des biens : beaucoup de décisions, surtout au XIX^e siècle, préféraient d'ailleurs les expressions de « statut des biens des époux » ou d'« association conjugale quant aux biens » à celles de « régime matrimonial » ou de « statut patrimonial » (1). Or il existe un « régime des biens » soumis à la loi de la situation compétente pour déterminer en principe le contenu des droits réels et leurs modes d'acquisition. Le régime matrimonial ne se préoccupe lui que du rôle de ces biens dans les relations pécuniaires des époux. Le domaine de la loi du régime des biens est donc distinct de celui de la loi du régime matrimonial. Mais des interférences se produisent. Ainsi le régime matrimonial impose à certains biens un statut particulier qui a pour effet de modifier le contenu du droit de propriété : c'est le problème que pose le régime dotal et plus spécialement l'inaliénabilité dotale qu'il institue (2).

(1) Cf., par exemple, Req., 5 janvier 1876, S., 1876, S., 1876.I.308 ou Req., 9 mars 1891, S., 1893.I.457.

(2) La loi du 13 juillet 1965 a supprimé les articles que le Code civil consacrait au régime dotal, mais elle n'interdit pas pour autant aux époux de l'adopter par contrat. On peut se poser la question que formulait M. de Broglie, Secrétaire d'Etat, lors du vote de l'abrogation du régime dotal par le Sénat (5 mai 1965, *J.O.*, Sénat, p. 215) : « Ce régime dotal va-t-il rester permis par application du principe de la liberté des conventions matrimoniales ou au contraire va-t-il être prohibé en vertu de la règle qui interdit la clause de l'inaliénabilité ? ». M. Colette, député, écrivait dans son rapport : « Il convient de souligner qu'en l'absence de toutes dispositions le réglementant, le régime dotal doit être considéré comme interdit en raison du principe général de la prohibition des clauses d'inaliénabilité, inaliénabilité qui, précisément, caractérise, en ce qui concerne les biens dotaux, ce régime dotal. Des clauses d'inaliénabilité seraient toutefois permises dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire, pour une durée limitée ». (Cf. M. HAMIAUT, *La réforme des régimes matrimoniaux*, 1965, p. 163 et s.). Cf. également sur ce point et dans le même sens : P. ESMEIN, « Les principales innovations dans le droit des gens mariés par la loi du 13 juillet 1965 », *Gaz. Pal.*, 1965 6 au 9 novembre.

Toujours est-il que, même s'il est supprimé en France, ce régime subsiste dans des pays étrangers (cf. notamment le régime légal italien). Il est donc susceptible de provoquer en France un problème de conflit de lois.

L'hypothèque de la femme mariée (1) suscite des difficultés du même ordre.

Le rôle du régime matrimonial, à la limite du régime des biens, pourrait être comparé à celui du régime des successions. Là encore, il s'agit de biens et la dévolution des biens du défunt n'est pas indifférente à leur régime. Les liens ont même paru si forts que la succession est en principe rattachée au statut réel. Le principe cependant n'est tout à fait vrai que pour les immeubles puisque les meubles suivent la loi du domilice. Ce qui rapproche le régime matrimonial et celui des successions, ce n'est pas seulement qu'ils s'occupent des biens, mais qu'ils concernent tous deux le patrimoine familial. Dès lors, il sera souvent difficile de délimiter le domaine du régime matrimonial par rapport à celui des successions. A ce point de vue, on peut rappeler que l'exemple le plus classique et le plus célèbre du problème des qualifications, *l'affaire Bartholo*, est précisément relatif à une question de ce genre : la « quarte du conjoint pauvre » peut être analysée comme une institution du régime matrimonial ou comme un droit de succession (2).

Le problème se posera avec d'autant plus d'acuité que, très souvent, la question de la liquidation du régime et celle de la liquidation de la succession se présenteront en même temps dans la même affaire et le régime devra être liquidé pour que la masse successorale puisse être déterminée. Le conjoint tient-il tel avantage du régime ou de la succession ? La controverse est notamment très vive en matière de donations entre époux.

SECTION I

RÉGIME MATRIMONIAL ET RÉGIME DES BIENS

243. Le régime des biens concurrence le régime matrimonial dans deux institutions : le régime dotal et l'hypothèque légale des époux. A vrai dire, pour ces deux institutions, la controverse ne s'est pas limitée entre la compétence de la loi réelle et celle de la loi du régime. La compétence de la loi des effets personnels du mariage a également été soutenue. Mais on n'a jamais proposé de partager la compétence entre la loi des effets personnels et la loi du régime, alors que l'on est souvent d'accord pour reconnaître que l'une de ces deux lois et la loi réelle sont compétentes chacune pour une part. La controverse porte dans ce cas sur la ligne de partage entre le domaine de ces lois.

(1) Ou l'hypothèse réciproque des époux lorsque ceux-ci ont adopté le régime de la participation aux acquêts.

(2) Cf. E. Bartin, « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *Clunet*, 1897.225 ; Alger, 24 décembre 1889, *Clunet*, 1891. 1171.

§ Ier. — Le régime dotal et l'inaliénabilité dotale

244. Le régime dotal a suscité les plus vives discussions dans la doctrine du XIXe siècle. Si elles sont moins vives aujourd'hui, ce n'est pas tant qu'on les considère comme définitivement résolues, c'est plutôt à cause du déclin que connaît le régime dotal dans la pratique en France (1) et qui a conduit à sa disparition du Code civil.

245. On a considéré que l'inaliénabilité dotale, pièce essentielle de ce régime, échappe au domaine du régime matrimonial. De ce fait, le régime dotal aurait une nature particulière et un sort spécial devrait lui être réservé en matière de conflits de lois. Le régime matrimonial est de nature complexe puisqu'il constitue une charte qui dépend de la volonté de ceux qu'elle lie, que, d'autre part, il concerne des personnes et qu'enfin il se rapporte à des biens. Il présente un mélange de caractères qui font la difficulté du problème de rattachement qu'il pose. On a généralement essayé de résoudre ce problème en insistant sur l'un des caractères et en laissant les autres dans l'ombre. Il nous a semblé qu'il fallait, au contraire, tenir compte du mélange même de caractères et de la complexité du régime. La raison en est qu'aucun des caractères n'est prédominant par rapport aux autres, du moins dans les régimes ordinaires. Il n'en serait pas de même en ce qui concerne le régime dotal, dans lequel l'équilibre serait rompu au profit du caractère réel.

Selon M. Carbonnier, « les commentateurs du XIXe siècle allèrent chercher la nature juridique du régime dotal du côté des modes d'acquérir » (2). Ce régime était donc le seul à justifier l'insertion du Titre cinquième du Code civil, consacré au contrat de mariage et aux droits respectifs des époux (3), dans un Livre troisième intitulé *Des différentes manières dont on acquiert la propriété.* Dans ces conditions, l'on comprend que de nombreux auteurs du XIXe siècle ont pensé ne pas pouvoir éluder l'application de la disposition de l'article 3, alinéa 2 du Code civil : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française » (4).

(1) Cf. H., L. et J. Mazeaud, *Leçons*, t. IV n° 585 ; cf. A. Raison, « Avant la réforme des régimes matrimoniaux », *J. Not.*, 1965.390 et s., n° 47496 : sur 316 873 mariages et 54 974 contrats de mariage, il y avait, en 1962, 28 contrats prévoyant le régime dotal et, en 1898, sur 287 179 mariages et 80.670 contrats, 10 112 contrats prévoyant le régime dotal.

(2) J. Carbonnier, thèse, p. 149.

(3) La loi du 13 juillet 1965 a changé l'intitulé de ce Titre qui s'appelle dorénavant : « Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux ».

(4) F. Laurent (tome V, p. 474) dit même que c'est l'avis de « la plupart » des auteurs. Cf. Merlin, *Questions*, t. XII, Régime dotal, § 1, n° 2 ; *Répertoire*, t. XXX, Senatus-consulte velléien, § 2, n° 2 ; Foelix, *Traité*, 3e édit. par Ch. Demangeat, 1856, t. I, n° 60 ; H. Tessier, *Traité de la Dot*, 1835, n° 79, p. 456 ; M. Mongin, « Du caractère de l'inaliénabilité dotale », *Rev. crit. législ. jurisp.*, 1886. 92 et s., 170 et s. ; Ch. Demolombe, « Constitution de dot. Biens

Néanmoins, tous n'étaient pas convaincus du caractère réel du régime dotal et un certain nombre d'entre eux y découvraient, au contraire, une prédominance du caractère personnel (1). Les deux théories sont ainsi résumées par un auteur de l'époque : « l'une explique l'article 1554, par l'idée de l'incapacité spéciale qui pèserait sur la femme, c'est la théorie de l'incapacité ou de l'inaliénabilité personnelle ; l'autre soutient que l'article modifie non la capacité du propriétaire, mais ses droits sur l'immeuble, qu'il apporte une restriction au droit de propriété, c'est la théorie de l'indisponibilité ou de l'inaliénabilité réelle » (2).

On peut être tenté de trouver dans l'opposition des deux théories une preuve que la complexité du régime matrimonial se retrouve dans le régime dotal. Puisqu'il a été possible de soutenir à la fois que le régime dotal ressortit au statut réel et qu'il est un statut personnel, n'est-ce pas qu'il présente un double caractère réel et personnel ?

Selon Foelix, la loi de la situation de l'immeuble régit « tout ce qui est relatif au régime dotal » (3). « Son opinion, dit l'annotateur, est sans nul doute que le régime dotal ne doit pas être soumis au même principe que les autres régimes matrimoniaux » (4) et elle est d'autant plus remarquable que Foelix soumet ces derniers à la loi personnelle, « sans qu'il soit besoin de supposer une convention tacite des époux de se soumettre à cette loi » (5). Malheureusement, il ne dit pas sur quels arguments il fonde cette solution. D'autres auteurs, qu'ils se prononcent en faveur du statut personnel ou du statut réel, sont plus explicites. Le premier argument est tiré de l'histoire et plus précisément du droit romain.

246. Demangeat. imaginant pour la réfuter quelle aurait pu être l'argumentation de Foelix, déclare que celui-ci a subi l'influence de la règle romaine : *reipublicae interest mulieres dotes salvas habere.*

à venir », *Rev. crit. légis. jurisp.*, 1835.282 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 538, n° 31 ; t. I, § 31, p. 169, note 20 (6e édit.).

Jurisprudence : Ch. réun., 27 février 1817, S., 1817.I.122 ; Civ., 2 mai 1825, D., 1825.I.311 ; S., 1825.I.225 ; Req. 11 août 1825, S., 1826.I.132 ; D., 1825. I.407 ; Req., 4 mars 1829, S., 1830.I.191 ; Req., 11 janvier 1831, D., 1831.I.51 ; S., 1831.I.3 ; Req, 11 avril 1834, S., 1834.I.242 ; Civ., 25 mars 1840, S., 1840. I.63 ; Req., 5 juillet 1842, S., 1842.I.681 ; Civ., 4 mars 1857, D., 1857.I.102 ; S., 1857.I.247.

(1) Cf. L. Renault, *Rev. crit. legisl. jurisp.*, 1885.582 ; P. Deloynes, *Rev. crit. législ. jurisp.* 1882.541 ; P. Gide, *La condition de la femme*, livre 4, chapitre 3, section 4 ; Ch. Lyon-Caen, note sous Paris, 17 novembre 1875, S., 1876.II.65 ; E. Labbé, *Rev. crit. législ. jurisp.* 1856.5 ; L. Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, t. IV, n° 1841 ; A. Pillet, *Traité pratique*, t. I, n° 352. Dans l'Ancien Droit : J. Bouhier, chapitre 27 ; L. Froland, t. II, p. 1007.

Jurisprudence : Trib. civ. Seine, 20 août 1884, *Clunet*, 1885.76 ; Paris, 10 décembre 1901, *Clunet*, 1902.314 ; D., 1905.II.129.

(2) M. Mongin, « Du caractère de l'inaliénabilité dotale », *Rev. crit. législ. jurisp.*, 1886.92.

(3) Foelix, *Traité*, 3e éd. par Ch. Demangeat, 1856, t. I, n° 60, p. 110.

(4) Ch. Demangeat, in Foelix, t. I, n° 90, p. 194, note a.

(5) Foelix, t. I, p. 188.

« L'on voit, dit-il, dans l'inaliénabilité du fonds dotal une affaire d'ordre public, dont le statut réel doit se réserver le règlement exclusif » (1). Pour Laurent, « c'est la Constitution de Justinien qui a égaré les interprètes » (2) ; celle-ci a déclaré la dot inaliénable, même avec le consentement de la femme. « C'est une loi, donc elle est réelle, à moins qu'elle ne règle la capacité ou l'incapacité. Or dans l'espèce, l'état de la femme est hors de cause, donc le statut est réel » (1). Ces arguments paraissent aujourd'hui assez pauvres. On leur a objecté (2) que le régime dotal n'était pas imposé par la loi. En conséquence, d'une part, il ne serait pas vrai de prétendre que l'ordre public y soit intéressé et, d'autre part, même un partisan de la réalité des lois devrait renoncer à appliquer la loi réelle puisque le régime dotal est choisi dans un contrat.

Cette objection appelle une réponse : il n'est certes pas obligatoire de constituer une dot et d'opter pour le régime dotal, mais si la dot existe, peut-on dire, l'ordre public est intéressé à son inaliénabilité que la loi impose. On dira de même que les dispositions législatives concernant le bail ou le contrat de travail sont non seulement impératives, mais encore d'ordre public, alors que la loi laisse libre de passer ou de ne pas passer un contrat de bail ou de louage. Mais la faiblesse de l'argumentation tient dans l'usage qui est fait de la notion d'ordre public. Il ne s'agit pas de l'ordre public international, mais de l'ordre public interne. En outre, on joue sur la confusion qui a existé entre l'ordre public et le caractère impératif d'une règle. Enfin, l'on justifie que l'affaire intéresse l'ordre public uniquement par un adage romain, sans tenir compte de toute l'évolution intervenue depuis Rome dans la conception et dans la vie de la famille. Gide n'écrivait-il pas, à propos de la dot, « que le même mot correspond dans les deux législations (romaine et moderne), à deux idées profondément différentes » (3) ? La désuétude du régime dotal rend douteux que cet adage exprime encore la réalité d'aujourd'hui. D'ailleurs, l'inaliénabilité dotale est si peu d'ordre public que, selon le Code civil, il pouvait être stipulé dans le contrat de mariage que l'immeuble dotal serait aliénable (4).

En outre, en ce qui concerne la deuxième partie de la démonstration fondée sur la réalité des lois, il suffit de répondre qu'elle vaut seulement dans le cadre de la théorie des statuts. S'il n'y a que deux variétés de statuts, il suffit de prouver que le régime dotal n'appartient pas à l'une, pour avoir démontré qu'il se classe dans l'autre. Or cette théorie est abandonnée aujourd'hui. Mais même si l'on en acceptait le principe, il resterait à démontrer que

(1) Ch. DEMANGEAT, in FOELIX, t. I, n° 90, p. 194, note a.
(2) F. LAURENT, t. V, p. 475.
(3) P. GIDE, *Du caractère de la dot en droit romain*, 1872.
(4) Cf. article 1557 ancien ; article 1556 dans la rédaction de la loi du 22 septemdre 1942. Cet article — comme tous ceux qui concernaient le régime dotal — a été abrogé par la loi du 13 juillet 1965. Aujourd'hui, l'ordre public prohiberait plutôt l'inaliénabilité dotale.

le régime dotal ne constitue pas un statut personnel. Il ne suffit pas d'affirmer qu'il ne règle pas la capacité ou l'incapacité, alors que précisément bon nombre d'auteurs contestent ce point. Aussi, un partisan convaincu du caractère réel de l'inaliénabilité dotale n'accorde-t-il plus aucune portée à cet adage. C'est seulement dans l'Ancien Droit, dit-il, que l'inaliénabilité pouvait être considérée comme une mesure d'ordre public (1).

247. Le droit romain a également fourni un argument aux partisans du caractère personnel de l'inaliénabilité dotale. Cette dernière serait une application particulière de l'incapacité velléienne : « la femme, en consentant à l'aliénation de l'immeuble dotal tentée par le mari ferait une *intercessio* prohibée par le sénatus-consulte » (2). Ou, du moins, les deux institutions auraient le même fondement et auraient connu la même destinée qui établirait entre elles une union étroite et indissoluble (3). « Sans doute, le sénatus-consulte velléien a disparu de nos codes ; le nouveau législateur a cru l'abroger ; il a cru pouvoir, tout en consacrant l'ancien principe de la loi *Julia*, rompre les liens qui de tout temps avaient uni cette loi au sénatus-consulte ; mais ces liens étaient trop forts ; en dépit des rédacteurs du Code, le principe de l'incapacité velléienne s'est glissé dans notre jurisprudence furtivement, sous le manteau de l'inaliénabilité dotale ; et, après cette dernière expérience législative, nous pouvons, je crois, conclure, avec certitude, qu'il n'y a pas d'inaliénabilité dotale possible sans le sénatus-consulte velléien » (4).

Certes, si l'inaliénabilité dotale n'est qu'un autre aspect de l'incapacité velléienne, la compétence de la loi personnelle s'impose. Mais Gide lui-même reconnaît que les rédacteurs du Code ont voulu établir l'inaliénabilité dotale, tout en écartant l'incapacité velléienne. Il a d'ailleurs souligné que « le législateur qui se propose d'empêcher une personne de disposer de son bien, peut arriver à ce but par deux voies bien différentes. Il peut rendre la propriété inaliénable ou rendre le propriétaire incapable » (5). Donc, même si l'on admet avec l'auteur que l'inaliénabilité du fonds, telle que le Code l'avait organisée, implique une certaine incapacité personnelle chez la femme (6), n'aura-t-on pas plutôt prouvé la complexité du statut qu'établi la prépondérance du statut personnel sur le statut réel ? Merlin soutenait que, lorsque le sénatus-consulte velléien entrait en concurrence avec l'inaliénabilité dotale, il fallait donner la préférence à la loi réelle, car « il est de principe que le statut réel doit toujours l'emporter sur le statut personnel, lorsqu'il se trouve

(1) M. Mongin, « Du caractère de l'inaliénabilité dotale », *Rev. crit. légis. jurisp.* 1886.92 et s. et 170 et s.
(2) M. Mongin, *op. cit.*, p. 180. L'auteur expose l'argument pour le réfuter.
(3) P. Gide, *La condition de la femme*, livre 4, chapitre 3, section 4, p. 447.
(4) P. Gide, *op. cit.*, p. 456.
(5) P. Gide, *op. cit.*, p. 447.
(6) P. Gide, *op. cit.*, p. 449.

en concours avec lui» (1). Cette opinion ne vaut que dans le cadre de la théorie des statuts, mais elle peut être opposée à Gide qui, décelant un concours de statuts dans la même institution, veut donner la préférence au statut personnel. On peut en tout cas conclure que les arguments tirés du droit romain ne sont décisifs, ni dans un sens, ni dans l'autre.

L'Ancien Droit qui a été également sollicité en faveur des deux théories ne donne pas davantage une solution certaine (2).

248. Le régime de l'inaliénabilité dotale permet-il mieux de se prononcer ? « Le système de l'incapacité, dit Mongin, présente à certains égards un caractère singulièrement anormal, il crée une situation juridique qui s'écarte tout à fait des principes consacrés par une longue tradition, considérés comme les bases essentielles de notre législation» (3). Pour Gide, c'est au contraire le système de l'indisponibilité qui est en contradiction avec les solutions admises (4). La doctrine a disserté à perte de vue pour démontrer que l'une ou l'autre théorie permet seule d'expliquer les règles du régime dotal (5). Suivant qu'on voulait défendre l'une ou l'autre, on prétendait que l'inaliénabilité dotale visait à protéger la femme ou alors qu'elle était instituée dans l'intérêt de la famille et pour la préservation de ses biens (6).

Aujourd'hui, la théorie de l'inaliénabilité personnelle qui se fondait sur l'idée que sous le régime dotal la femme est frappée d'une incapacité plus complète que celle qui l'atteint sous les autres régimes, est devenue difficile à soutenir, puisque la femme mariée est réputée pleinement capable. Doit-on pour autant conclure en faveur de la théorie de l'inaliénabilité réelle et décider que, cette inaliénabilité faisant le fond même du régime dotal, celui-ci sera soumis en son entier à la loi réelle ?

249. Les auteurs soutiennent généralement des opinions plus nuancées que celle de Foelix qui proposait de soumettre tout ce qui concerne le régime dotal à la loi réelle. Ainsi Aubry et Rau introduisent une distinction : « Lorsqu'une loi ou une coutume défendent, indépendamment des conventions matrimoniales des époux et sans y avoir égard, l'aliénation de tout ou partie des immeubles de la femme mariée, ou ne la permettent que sous certaines conditions et avec l'observation de certaines formalités, le régime dotal

(1) P. A. Merlin, *Répertoire*, t. XXX, Sénatus-consulte velléien, § 2, II.

(2) Cf. M. Mongin, *Rev. crit. législ. jurisp.*, 1886, p. 92 et s., p. 170 et s., spécialement p. 183 et s., nos 50 et s. ; P.A. Merlin, *Répertoire*, t. XXX, Sénatus-consulte velléien, § 2, II.

(3) M. Mongin, *Rev. crit. législ. jurisp.* 1886, p. 186, no 53.

(4) P. Gide, *op. cit.*, p. 449.

(5) Cf. M. Mongin, P. Gide, Ch. Demolombe, H. Tessier, L. Guillouard, E. Labbé, etc...

(6) Cf. Aubry et Rau, t. I, p. 169, note 20 : il s'agit d'« assurer la conservation des biens de la femme, au profit de ses enfants ou de sa famille ».

ainsi imposé aux époux forme un statut réel» (1). Il faudrait donc séparer nettement le cas où une législation imposerait des règles d'inaliénabilité dotale par une loi impérative et le cas où le régime dotal n'est qu'un des régimes laissés au choix des futurs époux dans le cadre de la liberté des conventions matrimoniales. Le second cas serait de la compétence de la loi du régime et le premier seulement de celle de la loi réelle.

On reconnaît là le système qui fait dépendre de la loi d'autonomie les seules règles supplétives et qui se fonde sur l'objet des règles impératives pour les classer soit parmi les statuts réels, soit parmi les statuts personnels. Ce système présente l'inconvénient de ne pas respecter l'indivisibilité du régime matrimonial puisque les époux pourraient être soumis au régime de la communauté légale, par exemple, sauf dans un pays de régime dotal obligatoire où, par hypothèse, la femme posséderait des biens. Il est vrai que pour trouver un exemple de dotalité impérative, Aubry et Rau doivent remonter à la Coutume et aux Placités de Normandie. La part faite par les auteurs à la loi réelle reste donc théorique. Il convient surtout de relever qu'ils traitent du régime dotal comme de tous les autres régimes et que la seule raison qui leur fasse éventuellement exclure ses dispositions de la loi du régime est leur caractère impératif. Or comme il est admis de nos jours que la liberté des conventions matrimoniales, ainsi que ses limites, ressortit à la loi du régime, il devrait en aller de même du régime dotal même impératif.

250. La loi réelle ne doit-elle, dès lors, jouer aucun rôle en matière de régime dotal ? On ne peut pas pourtant ne pas constater que le statut des biens est en cause. « Les clauses d'inaliénabilité portent atteinte au contenu normal du droit de propriété» (2). La loi réelle doit être compétente dans la mesure où c'est la condition des biens, leur libre circulation qui est en jeu. Ainsi une opinion s'est formée selon laquelle non pas tout le régime dotal, mais seulement l'inaliénabilité de la dot dépend de la *lex rei sitae*. Mais c'est oublier que l'inaliénabilité est un effet du régime dotal. Il n'est pas possible d'admettre que les effets de ce régime soient fixés par une loi différente de celle qui le gouverne. Pour M. Batiffol, il ne s'agit pas de soumettre les époux à des régimes différents, ni même à des règles de régimes différents, il s'agit de savoir lorsque la loi du régime décrète inaliénables certains biens dans quelle mesure la loi de leur situation admet cette entrave à la libre circulation des biens. Ce n'est donc pas à la loi réelle, mais bien à la loi du régime de décider si les biens dotaux sont aliénables ou non. Le rôle de la loi réelle se borne, le cas échéant, à accepter ou non ou partiellement sur son territoire les effets des règles de la loi du régime. M. Batiffol

(1) Aubry et Rau (6e édition), t. I, § 3, p. 169, note 20.
(2) H. Batiffol, *Traité*, n° 645.

parle d'un simple contrôle (1). Selon Bartin, la loi réelle constitue la limite que ne peuvent pas dépasser, au préjudice des tiers, les conséquences de l'affectation dotale (2). C'est en ce sens encore que l'on a parlé d'ordre public (3). Mais le mot prête à confusion. Cette compétence de la loi réelle est de la nature de celle que le Code civil définit en son article 3, alinéa 2.

§ 2. — L'hypothèque légale

251. Le sort de l'hypothèque légale est assez comparable à celui du régime dotal. En effet, la discussion a également été vive en cette matière sur le point de savoir s'il fallait la soumettre à la loi personnelle ou à la loi réelle et sans doute a-t-on encore bien davantage négligé la vocation à compétence de la loi du régime.

Un autre point de comparaison peut être trouvé dans l'évolution des deux institutions. L'hypothèque légale a, en effet, diminué en importance, tout comme le régime dotal. Mais la désuétude de ce dernier est due à l'évolution des mœurs et c'est parce qu'il a été délaissé en pratique, que la loi du 13 juillet 1965 a supprimé les articles qui lui étaient consacrés. L'hypothèque légale doit son déclin moins aux mœurs qu'aux réformes législatives concernant son propre statut ou affectant en général les relations pécuniaires des époux. Il ne faut pourtant pas négliger entièrement le rôle des mœurs : si le législateur a cru pouvoir s'attaquer à l'hypothèque légale, c'est que celle-ci remplissait déjà très mal son rôle par suite de la mobilisation des fortunes. « Ne grevant que les immeubles, l'hypothèque s'est avérée inutile dans la plupart des cas, la fortune du mari étant le plus souvent purement mobilière » (4). Mais les principaux coups portés à l'hypothèque résultent de la loi du 23 mars 1855 et surtout du décret du 4 janvier 1955 qui, tout en laissant subsister le principe de la généralité de l'hypothèque, en a supprimé les conséquences, en instituant la publicité et la spécialité de l'inscription. La loi du 13 juillet 1965 fait perdre à l'hypothèque légale de la femme mariée une partie de sa raison d'être qui réside dans l'inégalité des pouvoirs des époux (5) et s'attaque directement à l'institution, en prévoyant qu'elle existera seulement si elle a été prévue dans le contrat de mariage et qu'il faudra sinon une intervention de justice pour la faire inscrire. Il est vrai qu'on a prévu une exception pour le régime de participation aux acquêts sous

(1) H. Batiffol, précité. Cf. aussi P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, n° 459 *a* ; A. Weiss, t. III, p. 632 ; A. Pillet, t. II, n° 503 ; F. Surville, *Rev. crit. législ. jurisp.* 1888.260.

(2) E. Bartin, *Principes*, § 307.

(3) Planiol et Ripert, t. IX, par M. Nast, n° 1121 ; F. Surville, *Rev. cit. législ. jurisp.* 1888.260.

(4) H., L. et J. Mazeaud, *Leçons*, t. III, n° 290.

(5) Le nouveau régime légal tend vers une certaine égalité, mais il n'en est pas nécessairement de même des régimes conventionnels.

lequel, « non seulement la femme, mais aussi le mari bénéficieront de plein droit, sauf clause contraire, d'une hypothèque légale pour la sûreté de leur créance de participation » (1). Si ce régime connaît l'avenir que l'on s'accorde à lui reconnaître (2), l'hypothèque légale des époux prendra peut-être l'importance perdue par celle de la femme mariée.

Quoiqu'il en soit, l'hypothèque légale de la femme mariée ne disparaît pas complètement du droit français et, en outre, elle continue à exister dans d'autres législations. Il est donc nécessaire de l'envisager du point de vue des conflits de lois, comme il a été fait pour le régime dotal.

252. L'hypothèque, avons-nous dit, doit dépendre à titre principal soit de la loi des effets personnels, soit plus fréquemment encore de la loi du régime selon la créance qu'elle est appelée à garantir (3). Mais cette compétence exclut-elle l'intervention à titre complémentaire de la loi réelle ?

L'hypothèque constitue un droit réel. A ce titre, Niboyet, après les auteurs d'ancien droit, soutenait la compétence exclusive de la loi réelle (4) : « La garantie hypothécaire n'est nullement un effet de la créance chirographaire qui sera toujours impuissante à l'engendrer, elle est une faveur attachée par la loi à la qualité de la créance et à raison d'une certaine conception sociale des intérêts des femmes mariées » (5). Cela n'est pas contestable. Mais est-il certain que cette faveur doive pour autant dépendre de la *lex rei sitae* ? La loi a attaché cet effet au mariage. Or les effets du mariage ne dépendent pas de la *lex rei sitae* et sont gouvernés par la loi des effets personnels du mariage ou par la loi du statut pécuniaire des époux, selon qu'il s'agit d'effets personnels ou pécuniaires. Bien sûr, on pourrait alors dire que l'hypothèque constitue incontestablement un effet pécuniaire et qu'il ne devrait donc pas être question de la loi des effets personnels. La compétence de cette dernière ne peut, en effet, s'expliquer que par la qualité de la créance garantie. Or ce n'est pas la créance qui engendre l'hypothèque. Mais c'est oublier que l'hypothèque constitue une garantie, un accessoire. Du moment qu'il existe des créances indépendantes du statut pécuniaire, pourquoi l'hypothèque n'en pourrait-elle pas aussi être indépendante ? Ce n'est pas le caractère de l'hypothèque

(1) Rapport n° 1475 de M. Collette devant l'Assemblée Nationale, *J.O.* du 27 juin 1965.

(2) On y voit généralement le régime légal de l'avenir. Cf. Débats à l'Assemblée Nationale, *J.O.* du 27 juin 1965. La participation forme le droit commun allemand. Il doit aussi être introduit à ce titre en Belgique.

(3) Cf. *supra*, n° 223.

(4) Cf. également en ce sens : conclusions de Raynal, Civ., 20 mai 1862, D., 1862.201 ; P. Pont, *Explication du Code Napoléon*, t. X, *Des privilèges et hypothèques*, 2e éd., Paris, 1868, n° 433, p. 455. Cf. déjà : J. Bouhier, chapitre XXIII, n° 56 : « Il n'y a sans doute point de loi plus réelle ».

(5) J. P. Niboyet, t. IV, n° 1180, II, p. 317.

qu'il faut considérer : une fois admis qu'elle est un effet du mariage, pour déterminer si elle fait partie du statut patrimonial ou du statut personnel, il est légitime de considérer le genre des créances qu'elle est appelée à garantir. On distingue ainsi en quelque sorte deux variétés d'hypothèques, l'une faisant partie du statut personnel et l'autre du statut pécuniaire. Cette distinction est certes artificielle. Mais il est bien certain aussi, qu'il n'existe pas une frontière imperméable pour séparer les effets pécuniaires des effets personnels du mariage. L'hypothèque unique qui recouvre les deux domaines constitue en somme un effet mixte. Comme il existe deux catégories de rattachement pour les effets du mariage, on peut admettre une solution distributive fondée sur le caractère des créances, sans pour autant méconnaître l'unité de l'institution en droit interne.

253. La solution préconisée par Niboyet aurait certes eu le mérite de simplifier considérablement la question. Elle aurait permis d'éviter notamment la difficile question, suscitée par l'intervention de la loi réelle, de savoir si la protection accordée à la femme par la loi du régime ou la loi des effets personnels constitue bien une hypothèque légale. Mais elle ne paraît guère admissible, si on la confronte avec les dispositions de la loi du 13 juillet 1965. En effet, la loi exige, pour que l'hypothèque puisse être inscrite sans intervention de justice, qu'il en ait ainsi été convenu dans le contrat de mariage. Il ne s'agit pas d'une simple condition de forme, car il faut l'accord des époux au moment des conventions matrimoniales. Est-il raisonnable de faire dépendre une telle exigence de la *lex rei sitae* ? Quelle portée faudrait-il accorder à l'article 2136 du Code civil : « Quand les époux ont stipulé la participation aux acquêts, la clause, sauf convention contraire, confère de plein droit à l'un et à l'autre la faculté d'inscrire l'hypothèque légale pour la sûreté de la créance de participation » ? Les époux mariés sous le régime légal allemand pourraient-ils réclamer le bénéfice de ce texte, ou faudrait-il considérer que ce dernier, utilisant les termes « stipuler » et « clause » ne peut s'appliquer qu'à un régime conventionnel ? Il résulte clairement de ces questions que la loi française réglementant l'hypothèque de la femme et celle des époux, ne peut être appliquée que si les époux sont soumis à un régime matrimonial français.

Il se peut, d'autre part, que la loi du régime ou la loi personnelle, ait, à défaut d'hypothèque, organisé une autre protection de la femme. Serait-il alors raisonnable de cumuler l'hypothèque et les garanties accordées par ces lois (1) ?

Pour que l'on puisse songer à soumettre l'hypothèque légale à la *lex rei sitae*, encore faudrait-il que l'hypothèque conventionnelle y soit elle aussi soumise. Or l'on admet généralement que la convention d'hypothèque dépend, en ce qui concerne le fond, de la loi

(1) Cf. F. Surville, *Cours*, nº 385, p. 569.

contractuelle (1). Il est vrai que la loi contractuelle sera généralement la loi de la situation, « puisque celle-ci s'applique, dans la tendance générale, à tout contrat de droit réel immobilier » (2). Ainsi, le problème de partage de compétence entre la loi du contrat et la loi réelle est, le plus souvent, évité. Néanmoins, la compétence de la loi de l'acte qui donne naissance à l'hypothèque est posée en principe. Il doit en aller de même pour l'hypothèque légale. Or cette dernière ne naît pas des créances qu'elle garantit, mais tire son origine du mariage dont elle est un effet.

254. On a pourtant voulu, pour soutenir la compétence de la *lex rei sitae*, faire état de l'article 2128 du Code civil. « Il résulte de ce texte qu'une hypothèque conventionnelle ne peut être valablement consentie par des actes même publics, passés à l'étranger, et vous prétendez qu'une hypothèque légale peut être reconnue en France en vertu d'une loi étrangère » (3). A cet argument, on a opposé que l'article 2128 n'était, somme toute, qu'un accident malencontreux, « survivance du temps où l'on confondait la force hypothécaire avec la force exécutoire d'un acte » (4). En tout cas, cet article est interprété dans un sens très restrictif et il ne saurait donc être question d'en étendre la portée à l'hypothèque légale. Mais, même en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle, l'article 2128 ne règle pas une question de conflits de lois. Si les notaires français peuvent seuls rédiger des actes constitutifs d'hypothèque sur des immeubles sis en France, il n'est pas certain que le contrat d'hypothèque devra nécessairement, en ce qui concerne le fond, être soumis à la loi française. Du moins, cela ne résulte pas de l'article 2128 du Code civil.

255. Faut-il alors reconnaître un rôle à la *lex rei sitae* ? « L'application de la loi personnelle seule n'a guère été soutenue en doctrine. La vocation de la loi territoriale à régir une institution qui affecte, à n'en pas douter, l'organisation du régime foncier et le crédit public a paru, en effet, évidente » (5). Pourtant, Weiss estimait que la loi des effets personnels devait régir l'hypothèque sous la seule réserve qu'elle ne heurte pas l'ordre public international (6). D'une manière générale, il affirmait que « l'étendue et l'efficacité de la garantie résultant d'un privilège ou d'une hypothèque sont en principe déterminées par la loi qui gouverne leurs causes, pourvu

(1) Cf. J. DERRUPPÉ, « Sûretés personnelles et réelles », *J.-Cl. Dr. int.*, fasc. 555, n° 48 ; H. BATIFFOL, *Traité*, n° 514.

(2) H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, n° 205.

(3) F. SURVILLE, *Cours*, n° 385, p. 570. L'auteur expose l'argumentation sans y souscrire lui-même.

(4) J. DERRUPPÉ, *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 55, n^{os} 41 et s. ; cf. aussi H. BATIFFOL, *Traité*, n° 614, p. 560.

(5) H. BATIFFOL, « L'hypothèque légale de la femme mariée et le droit international privé », *Festschrift für E. Rabel*, t. I, p. 591 et s., spécialement p. 595.

(6) A. WEISS, *Traité*, t. III, p. 648 et s.

que cette loi ne contredise pas l'ordre public international du pays où elle est invoquée» (1).

Demangeat admettait qu'il fallait faire une part au statut réel, mais dans son opinion elle était des plus réduites. La loi réelle n'était compétente que pour déterminer le mode de conservation et le rang du droit d'hypothèque (2). Il n'est pas nécessaire, selon l'auteur, que la *lex rei sitae* admette l'existence de l'hypothèque légale, il suffit qu'elle connaisse le droit réel appelé hypothèque (3).

Mais la plupart des auteurs attribuent un rôle plus considérable à la loi réelle. Il n'est cependant pas facile de préciser ce qu'il doit être et comment se fait le concours entre cette loi et la loi du régime ou la loi des effets personnels du mariage (4). Il semble bien que la loi réelle doive pour le moins reconnaître l'existence de l'hypothèque légale (5). Surville précise, en outre : « Nous appliquerons la loi de la situation pour déterminer quels sont les biens affectés à l'hypothèque, quel est son rang, quelle est son étendue» (6). Selon M. Batiffol, « il semble qu'il faille envisager une application cumulative des lois en présence consistant en définitive à soumettre l'hypothèque à la plus restrictive des lois en présence» (7). Et, sans doute, à partir du moment où l'on admet que la loi de la situation a un rôle à jouer, cette solution est-elle la seule praticable. En principe, la loi du régime ou la loi des effets personnels s'appliquerait à l'hypothèque légale, mais elle ne pourrait avoir effet que dans la mesure où elle est tolérée par la loi de la situation. Cette dernière n'exercerait donc théoriquement qu'une censure.

256. Un autre système consisterait à donner compétence à la loi du régime ou à la loi des effets personnels en tout ce qui concerne l'hypothèque proprement dite, la loi de la situation gouvernant la publicité de l'hypothèque, nécessité, régime et effet de l'inscription. Mais la loi de la situation serait-elle alors compétente à titre de loi réelle ? « Les formalités de publicité ..., écrit M. Batiffol, à propos du contrat de mariage, ont un caractère procédural qui lie leur champ à la compétence des officiers publics» (8). Or la compétence du conservateur en ce qui concerne la publicité de l'hypothèque est déterminée

(1) A. Weiss, *Traité*, t. IV, p. 282. On peut pourtant se demander si Weiss ne confondait pas en l'occurrence *lex rei sitae* et ordre public international. Cette confusion apparaît, par exemple, dans la phrase suivante : ...« La nature des droits de préférence admis entre créanciers touche à l'ordre public international et relève en conséquence de la *lex rei sitae* » (t. III, p. 649, note 1).

(2) Ch. Demangeat sous Foelix, *Traité*, t. I, p. 136, note a.

(3) Cf. également F. Despagnet, *Précis*, n° 416, p. 1178.

(4) Cf. H. Batiffol, *Festschrift für E. Rabel*, p. 597.

(5) Cf. Foelix, *Traité*, t. I, p. 135 et s.

(6) F. Surville, *Cours*, n° 385 , p. 569.

(7) H. Batiffol, *Festschrift für E. Rabel*, p. 591 et s., spécialement p. 597 ; cf. P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, 8e éd. par Y. Loussouarn, n° 471, p. 587.

(8) H. Batiffol, *Traité*, n° 643, p. 702.

par la situation de l'immeuble grevé. On dira qu'il est artificiel de séparer l'hypothèque de la publicité qui seule lui confère et délimite son efficacité. Mais le droit interne français n'en fait-il pas autant lorsqu'il oppose la généralité de l'hypothèque légale à la spécialité de l'inscription ?

La combinaison de deux lois différentes ne peut se faire que si les institutions prévues par ces lois ne sont pas hétérogènes. Si le partage de compétence sépare l'hypothèque de sa publicité, il suffira que la sûreté conférée par la loi personnelle constitue bien un droit réel, assorti du droit de préférence et du droit de suite, qui puisse faire l'objet de la publicité organisée en France (1). Mais si l'on se prononce pour le cumul de la loi réelle et de la loi personnelle ou de la loi du régime, des difficultés pourront surgir du fait que l'institution ne sera pas exactement soumise aux mêmes règles par les deux lois. Ces règles peuvent, en effet, être différentes, sans qu'une des lois soit nécessairement plus restrictive que l'autre (2).

Le domaine de la loi du régime a augmenté au détriment de la loi réelle. La jurisprudence et la doctrine défendent avec beaucoup moins de vigueur la compétence de la loi réelle que celle de la loi personnelle. On peut même ajouter que le déclin du statut réel en la matière correspond à la poussée en faveur du statut personnel. La loi personnelle n'a pas réussi à éliminer la loi d'autonomie, mais elle a élargi son domaine en supplantant la loi réelle. On peut y voir le jeu d'un balancier qui va de la loi réelle à la loi personnelle et qui doit finir par s'immobiliser à la loi du régime.

Mais la loi réelle continue à gouverner les successions (3). Or le régime matrimonial et le régime des successions constituent ensemble « le droit du patrimoine familial ou, si l'on préfère un langage tout à fait exact, le droit de l'affectation des biens à la famille » (4). Il existe des liens entre les deux institutions et il est parfois difficile de savoir ce qui revient à l'une et ce qui appartient à l'autre. Il s'ensuit qu'il est délicat de délimiter le domaine respectif de la loi du régime et de la loi réelle.

(1) Cf. cependant les incidences de l'article 2128, s'il s'agit d'une hypothèse conventionnelle et non légale.

(2) Cf. sur les complications dues à la variété des garanties que présente le droit comparé : H. Batiffol, *Festschrift für E. Rabel*, t. I, p. 591 et s., spécialement p. 598 et s.

(3) Cela est vrai, du moins pour les successions immobilières. Les meubles, sont, comme on le sait, censés être situés au lieu du domicile.

(4) H., L. et J. Mazeaud, *Leçons*, t. IV, p. 5, n° 3.

SECTION II

LE RÉGIME MATRIMONIAL ET LE RÉGIME DES SUCCESSIONS

257. Pour la détermination du domaine de la loi du régime par rapport à la loi qui régit les successions, on rencontre deux sortes de problèmes. Dans un cas, il s'agira de déterminer la loi la plus apte à gouverner l'institution, sans que le choix se limite à la loi successorale et à la loi du régime : on a, en effet, prétendu faire régir la donation entre époux, qui, selon une formule de M. Loussouarn, est au carrefour de nombreuses catégories de rattachement, participant à la loi du droit de la famille, de la propriété, des régimes matrimoniaux et des actes juridiques (1), non seulement par ces deux lois, mais également par la loi contractuelle, la loi des effets personnels du mariage, ou encore par la loi personnelle de l'auteur. Dans d'autres cas, l'hésitation n'est permise qu'entre la loi du régime et la loi des successions : dans la liquidation du patrimoine d'un conjoint décédé, les deux lois interviennent conjointement. Il est parfois malaisé de déterminer où commence l'empire de l'une et où s'arrête celui de l'autre.

§ Ier. — Les donations entre époux

258. La donation entre époux est le plus fréquent des contrats entre époux, celui qui a suscité la jurisprudence la plus abondante et la plus contradictoire.

Un jugement du Tribunal de Lyon n'a voulu retenir que le seul caractère contractuel pour soumettre une donation entre époux à la loi d'autonomie (2). Henri Jean meurt à Lyon, en 1949, laissant pour héritiers sa sœur et sa veuve. Or le *de cujus* avait loué deux coffres-forts à Genève, l'un officiellement au Crédit Suisse contenant des valeurs déclarées au fisc ; l'autre à l'Union des Banques Suisses sous le nom de Me Gambert, notaire à Genève. Il avait donné à ce dernier procuration pour mettre le contenu du coffre loué à l'Union des Banques Suisses, à la disposition de sa veuve lors de son décès. On trouva dans ce coffre, d'une part, un papier signé de lui constituant sa veuve légataire du contenu et, d'autre part, une note écrite de sa main, ni signée, ni datée, ainsi rédigée : « Etablissement Crédit Suisse, Genève, no du coffre 1956, mot de passe très important — Norberte — combinaison du coffre 357 — M. H. Jean a signé le

(1) Y. Loussouarn, note sous Trib. civ. Lyon, 26 décembre 1950, *Revue*, 1951.510.

(2) Trib. civ. Lyon, 26 décembre 1950, *Revue*, 1951.510, note Y. Loussouarn ; cf. aussi Paris, 29 juin 1888, *Clunet*, 1890.323.

8 décembre 1945 en faveur de sa femme Carmen Jean, née Luci, une procuration qui permettra à sa femme munie des renseignements ci-dessus d'ouvrir le coffre sus-indiqué et de disposer de son contenu ».

La sœur du défunt prétendait que le contenu de ce deuxième coffre faisait partie de la succession *ab intestat* et devait en conséquence lui revenir, la veuve n'ayant droit qu'à l'usufruit du conjoint survivant. Mais cette dernière soutenait qu'il résultait de la note découverte dans l'autre coffre que le contenu lui était légué ou donné. Le Tribunal écarta l'hypothèse du legs puisque la note qui en constituait l'acte n'était ni signée, ni datée. Mais il reconnut l'existence d'un don manuel. Or il y manquait la tradition qui est pourtant, selon l'affirmation même du Tribunal, l'élément essentiel d'un don manuel. Mais les juges ne voulurent y voir qu'une condition de forme ressortissant à la *lex loci actus*, en la circonstance la loi suisse qui, admettant la procuration *post mortem*, accepte que la tradition puisse être effectuée après la mort du donateur par un mandataire. Pourtant, si la tradition peut être considérée comme une condition de forme, peut-on admettre qu'une procuration *post mortem* ressortisse uniquement à la loi de la forme ? Selon M. Loussouran, la compétence de la loi suisse, en ce qui concerne la procuration, résultait de la volonté des parties, selon la règle de l'autonomie.

Mais si l'on admet que la tradition ne consiste dans le don manuel qu'en une condition de forme, on exclut pas le fait même la compétence de la loi réelle à laquelle certains ont voulu soumettre les contrats réels en ce qui concerne le fond (1). Cette exclusion est approuvée par la plupart des auteurs qui ne veulent voir dans le lieu de remise de la chose qu'un élément de la localisation du contrat (2). Cela ne signifie pas que la compétence de la loi successorale doive être écartée d'office dans l'hypothèse du don manuel entre époux, mais plus simplement que, de ce point de vue, il ne convient pas de leur réserver un sort différent de celui des autres donations entre époux. Il n'y a pas lieu de distinguer pour la solution des conflits de lois entre les donations entre époux et les dons manuels entre époux.

Or le Tribunal civil de Lyon déclarait que les conditions de fond du don manuel et donc de la donation ressortissaient à la loi « que les parties ont entendu suivre, selon la règle de l'autonomie de la volonté ». Le fait que le donateur et la donataire aient été conjoints n'a pas paru de nature à faire exception à la règle générale selon laquelle les dona-

(1) Fedozzi, *Diritto internationale privato*, 1935, p. 251. Un arrêt ancien de la Cour de cassation faisait des règles concernant les donations entre époux et non seulement l'espèce particulière des dons manuels, un statut réel. Il est vrai qu'il rangeait de même le régime matrimonial parmi les statuts réels (Civ., 4 mars 1857, S., 1857.247) ; cf. de même : Trib. civ. Versailles, 21 avril 1886, *Clunet*, 1890.323 ; Trib. civ. Seine, 3 mars 1891 en sous-note de Paris, 27 mai 1892, S., 1896.2.73, note A. Pillet ; Foelix, *Traité*, t. I, p. 107 et s., nos 60 et s.

(2) Cf. H. Batiffol, *Traité*, no 582, p. 635 ; Y. Loussouarn, note sous Trib. civ. Lyon, 26 décembre 1950, *Revue*, 1951.510.

tions comme les autres contrats dépendent de la loi d'autonomie (1). Pourtant, même cette règle générale n'est pas incontestée, puisqu'en s'appuyant sur l'idée que la réglementation des donations vise à protéger le donnateur, certains auteurs ont soutenu que les donations devaient être gouvernées par sa loi personnelle (2). La raison avancée n'est pas vraiment pertinente. Dans le droit des contrats, on trouverait nombre de règles destinées à protéger l'un ou l'autre des contractants, sans que pour autant l'on songe à les soumettre à la loi personnelle. Mais surtout la compétence de la loi d'autonomie, même pour les donations ordinaires, est limitée dans une très large mesure par l'intervention de la loi successorale dont dépendent toutes les règles protectrices des héritiers (3).

259. En outre, les donations entre époux sont en droit interne français soumises à des règles particulières. On ne peut donc nier que la qualité d'époux des contractants altère ce contrat. « La spécification *entre époux* y introduit un élément nouveau d'une importance telle que la qualification de contrat ne peut plus suffire à elle seule à fonder le rattachement » (4). Il n'est, dès lors, pas étonnant que l'on songe à la compétence soit de la loi des effets personnels du mariage, soit de la loi du régime matrimonial. Un ancien arrêt de la Cour de cassation est souvent interprété comme donnant compétence à la loi du régime (5). En réalité, la Cour avait décidé en l'occurrence de soumettre la donation à la même loi que le régime matrimonial, mais c'est la loi réelle qui avait été déclarée compétente pour régir les deux institutions. Au demeurant, cette décision est restée isolée en jurisprudence et la doctrine ne se montre pas plus favorable à la loi du régime. Les raisons de cette défaveur sont toujours les mêmes : les auteurs s'inquiètent du rôle excessif qui serait attribué à la volonté, oubliant que la loi gouvernant le régime matrimonial ne dépend pas vraiment du choix arbitraire des futurs époux. Ils objectent en conséquence que le caractère impératif des règles des donations entre époux s'oppose au libre choix de la loi applicable. L'on a, d'autre part, affirmé que « la donation entre époux et le contrat de mariage demeurent essentiellement différents » (6). Certes, il existe une grande différence entre ces deux variétés de contrats ; mais est-il nécessaire de les assimiler

(1) Trib. civ. Versailles, 21 avril 1886 ; Paris, 29 juin 1888, *Clunet*, 1890.323 (ces deux décisions ne sont cependant pas très claires) ; et surtout Alger, 2 mai 1898, S., 1900.257, note E. Audinet ; D., 1898.2.457, note E. Bartin (mais la décision est équivoque et paraît confondre loi d'autonomie et loi du régime).

(2) A. Pillet, *Traité*, t. II, n° 620, p. 452.

(3) H. Batiffol, *Traité*, n^{os} 664 et s., p. 728 et s. ; Y. Loussouarn, « Donations et Testaments », *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 557-B, n^{os} 13 et s.

(4) H. Batiffol, note sous Req., 15 mars 1933, S., 1934.1.393.

(5) Civ., 4 mars 1857, S., 1857.1.247. Cf. en faveur de cette interprétation mais avec des réserves : E. Audinet, « Donations entre vifs », *Répertoire*, n° 230 ; H. Batiffol, note sous Req., 15 mars 1933, S., 1934.1.393.

(6) E. S. de la Marnierre, note sous Paris, 26 février 1964, D., 1965.26.

l'un à l'autre pour estimer qu'ils doivent être soumis à la même loi ? Ne suffit-il pas que les deux concernent le statut pécuniaire des époux pour que la loi qui gouverne ce statut les régisse ? Peu importe que la donation soit un contrat unilatéral et que le contrat de mariage soit synallagmatique, il faut seulement savoir si la donation entre époux appartient au statut pécuniaire des époux ou non.

260. Or les auteurs qui reconnaissent son appartenance au statut des époux, préfèrent rattacher la donation entre époux au statut personnel (1) et leur opinion se trouve corroborée par une importante jurisprudence (2). Un arrêt de la Cour de cassation peut être interprété en ce sens, mais sa signification est contestée (3) : il a soumis une donation mobilière à la loi nationale commune des époux, à une époque où la Cour de cassation hésitait « entre la soumission des successions à la loi nationale, appliquée en fait précédemment faute d'admission à domicile, et la loi du domicile traditionnellement appliquée dans l'ancien droit » (4).

Un arrêt de la Cour de Paris se fonde sur un argument assez contestable (5) : la donation doit être soumise à la loi gouvernant les effets personnels du mariage, parce qu'elle « trouve sa cause dans les relations personnelles des époux et la force du lien qui les unit. Plus souvent, les auteurs estiment que la loi des effets personnels doit s'appliquer parce que la réglementation particulière de la donation et non pas la donation elle-même trouve sa cause dans le mariage et dans l'idée de protection des époux.

Cette solution est inspirée, selon Pillet, « par le désir de sauvegarder la liberté aussi bien que la dignité des époux, de les protéger l'un contre l'autre, de protéger chacun d'eux contre sa propre faiblesse » (6). Certains anciens jurisconsultes, Coquille, par exemple, et Bouhier, pensaient que la question mettait en cause l'honneur du mariage (7) et Savigny encore déclarait que « le but de ces lois n'est pas de protéger les biens contre un dommage que pourrait leur

(1) A. Pillet, note sous Paris, 27 mai 1892, S., 1896.2.73 ; Ch. Demangeat in Foelix, *Traité*, t. I, n° 108, p. 116, note a ; A. Weiss, *Manuel* (6e éd.), p. 546 ; F. Despagnet, *Précis*, n° 387, p. 1121 ; F. Surville, *Cours*, n° 375, p. 558 ; E. Audinet, note sous Alger, 2 mai 1898, S., 1900.2.257 ; J. L. Labbé, note sous Req., 20 février 1882, S., 1882.1.145 ; E. M. Meijers, *Recueil*, n° 49, 1934.III.648 ; E. Bartin, t. II, § 293, p. 214 ; M.-L. Revillard-Cuilleret, thèse ; cf. aussi, dans une certaine mesure : H. Batiffol, note sous Trib. gr. inst. Seine, 12 juillet 1962 et Paris, 4 juillet 1963, *Revue*, 1962.650 et 1963.772.

(2) Civ., 15 février 1966, *J.C.P.*, 1966, somm. 46 ; Trib. gr. inst. Seine, 12 juillet 1962, *Revue*, 1962.650, note H. Batiffol ; Paris, 4 juillet 1963, *Gaz. Pal.*, 1963.2.112 ; *Revue*, 1963.772, note H. Batiffol ; *Clunet*, 1964.65, note A. Ponsard ; Caen, 15 janvier 1912, S., 1913.2.244 ; *Clunet*, 1914.27 ; *Revue*, 1914.147.

(3) Req., 15 mars 1933, S., 1934.1.393, note H. Batiffol ; cf. aussi Paris 12 mai 1881 sous Civ., 2 avril 1884, S., 1886.1.121.

(4) H. Batiffol, note sous Trib. gr. inst., 12 juillet 1962, *Revue*, 1962.690.

(5) Paris, 4 juillet 1963, *Gaz. Pal.*, 1963.2.112.

(6) A. Pillet, note sous Paris, 27 mai 1892, S., 1896.2.73.

(7) Cf. sur ce point : A. Pillet, note sous Paris, 27 mai 1892, S., 1896.2.73.

occasionner une donation entre époux, mais de maintenir la pureté des mœurs dans le mariage » (1). Ces argumentations prouvent trop, car on pourrait en dire autant du contrat de mariage et du régime matrimonial en général.

Mais la plupart des auteurs voyaient dans les règles relatives aux donations entre conjoints, une restriction à la capacité des époux (2). Cette opinion se fonde sur une conception bien trop extensive de la notion de capacité à laquelle on pourrait alors à la limite, ramener toutes les règles impératives (3). On fait d'ailleurs remarquer que ces règles ne visent pas seulement à protéger celui qui est atteint par la prétendue incapacité, mais qu'elles traduisent la conception que le législateur se fait de la famille et du patrimoine familial (4).

261. En ce qui concerne le choix entre loi du régime, loi des effets personnels ou loi de capacité, la question n'est pas différente de celle que posent les autres contrats entre époux. Mais la Cour de cassation, ainsi qu'une jurisprudence considérable émanée de juridictions du fond, se prononçaient en faveur de la loi successorale (5).

Cette jurisprudence ne doit cependant pas faire illusion. Jusqu'en 1933, la Cour de cassation, malgré les critiques de la doctrine, persistait à donner compétence à la loi successorale. Mais l'arrêt de la Chambre des requêtes du 15 mars 1933 a jeté une certaine confusion sur la question (6). Depuis lors, une autre décision de la Cour suprême est certes intervenue en faveur de la loi de la situation de l'immeuble, mais il s'agissait d'un conflit de type colonial et, en outre, la *lex rei sitae* n'a pas été déclarée compétente à titre de loi successorale, mais comme loi régissant la propriété immobilière et les droits qui s'y rapportent (7). La Cour de Paris en 1964 se déclare en faveur de la loi successorale, mais l'année précédente elle s'était prononcée en faveur de la loi des effets personnels du mariage (8). La jurisprudence ne paraissait donc pas très fixée jusqu'à un arrêt

(1) F. C. Savigny, *Droit romain*, t. VIII, p. 330.

(2) Cf. F. Despagnet, A. Pillet, E. Audinet, etc. et aujourd'hui encore, E. S. de la Marnierre.

(3) Cf. *supra*, n° 225.

(4) Cf. Paris, 26 février 1964, *Revue*, 1965.334, note R.-F. Le Bris ; *Gaz. Pal.*, 1964.1.320, conclusions Mailhol ; D., 1965.20, note E. S. de la Marnierre ; *Clunet*, 1964.576, note A. Ponsard.

(5) Civ., 18 mai 1830, D., 1830.1.245 ; Req., 20 février 1882, S., 1882.1.145, note J. E. Labbé ; Civ., 2 avril 1884, S., 1886.1.121 ; Req., 8 mai 1894, *Clunet*, 1894.562 ; D., 1894.1.335 ; S., 1909.1.65 en sous-note ; Req., 7 mai 1924, *Clunet*, 1925.126 ; 20 février 1927 ; Alger, 24 décembre 1889, *Clunet*, 1891.1171 ; Paris, 27 mai 1892, S., 1896.2.73, note A. Pillet ; Alger, 9 juin 1900, D., 1901.2.42 ; Paris, 5 mars 1901, *Clunet*, 1901.775 ; Paris, 26 février 1964, *Gaz. Pal.*, 1964.1.320, conclusions Mailhol ; *Revue*, 1965.334, note R.-F. Le Bris.

(6) Req., 15 mars 1933, S., 1934.1.393, note H. Batiffol. Cf. *supra*, n° 260.

(7) Civ., 11 mai 1954, *Rev. jur. et pol. de l'Un. franç.*, 1954.419, rapport Attuly, note M. Caratini.

(8) Paris, 26 février 1964, *Gaz. Pal.*, 1964.1.320 ; Paris, 4 juillet 1963, *Gaz. Pal.*, 1963.2.112.

de la Cour de cassation du 15 février 1966 qui se prononce pour la loi personnelle des époux (1).

L'intervention de la loi successorale n'a rien de surprenant, puisqu'elle est admise même pour les donations ordinaires. « Il ne servirait à rien de protéger les héritiers contre les dispositions testamentaires qui leur sont défavorables, si par des libéralités entre vifs leur auteur pouvait à son gré disposer de son patrimoine » (2). Mais le problème est de savoir si les donations entre époux doivent être soumises à un contrôle de la loi successorale ou si celle-ci doit entièrement les régir.

262. Une certaine doctrine préconise la qualification successorale (3). Son principal argument est que le régime des donations entre époux en droit interne français correspond plutôt à celui des actes à cause de mort qu'à celui des actes entre vifs. L'on fait bien entendu état en ce sens de la révocabilité des donations. M. Batiffol fait aussi remarquer qu'elles requièrent la capacité de tester et non de disposer entre vifs (4). L'auteur se fonde sur un arrêt de la Cour suprême du 20 février 1929 (5). Mais peut-être la capacité de tester n'est-elle requise que pour les donations de biens à venir. La loi du 6 novembre 1963 ayant abrogé l'article 1097 du Code civil et permettant aux époux de se faire « toutes les donations mutuelles et réciproques par un seul et même acte » (6), marque pourtant un recul dans l'assimilation des donations entre époux aux actes à cause de mort. Et si, comme la Commission de réforme du Code civil (7) l'a proposé à l'exemple des Codes allemand et suisse, et comme quelques auteurs paraissent le souhaiter (8), la règle de la révocabilité doit elle-même disparaître un jour, il ne restera guère de raisons de considérer la donation entre époux comme un acte à cause de mort. En effet, la capacité requise est seulement une conséquence du régime de la donation et si celui-ci change, il est probable que la capacité de disposer entre vifs sera jugée suffisante (9).

Il restera alors pour donner un caractère successoral aux donations entre époux certaines règles qui leur sont communes avec les autres

(1) Civ., 15 février 1966, *J.C.P.*, 1966, somm. 46, *Gaz. Pal.*, 1966. 18 mai, D., 1966.370, note P. Malaurie.

(2) R.-F. Le Bris, note sous Paris, 26 février 1964, *Revue*, 1965.334.

(3) P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, 8e éd. par Y. Loussouarn ; Y. Loussouarn, note sous Trib. civ. Lyon, 26 décembre 1950, *Revue*, 1951.513 ; R.-F. Le Bris, note sous Paris, 26 février 1964, *Revue*, 1965.334, avec cette réserve que, selon l'auteur, la loi du 6 novembre 1963 va à l'encontre de cette solution.

(4) H. Batiffol, note sous Req., 15 mars 1933, S., 1934.1.393.

(5) Civ., 20 février 1929, S., 1929.1.212.

(6) P. Voirin, « Donations mutuelles entre époux et clauses de réversibilité (loi du 6 novembre 1963) », *J.C.P.*, 1963.1.1809.

(7) Art. 986 de l'Avant-Projet de réforme du Code civil.

(8) Cf. H., L. et J. Mazeaud, t. IV, n° 1547, p. 1203 ; n° 1551, p. 1206.

(9) Cf. Civ., 20 février 1929, S., 1929.I.212. Cette décision se fonde sur la révocabilité pour exiger la capacité de tester.

donations, celles prévoyant le rapport à la succession ou leur réduction à la quotité disponible. Le fait qu'il existe une quotité disponible spéciale entre époux ne suffit évidemment pas à justifier un rattachement différent des donations entre époux et des donations ordinaires. Pourtant, la disposition de l'article 1089, alinéa 2, sanctionnant par la nullité les donations déguisées entre époux est particulière à ces dernières. Or elle vise à éviter que l'on tourne les règles de la réserve et de la quotité disponible, bien que la nullité soit prononcée même si la donation ne porte pas atteinte à la réserve. Elle se justifie aussi en l'état actuel du droit par l'idée que le déguisement permettrait de faire une donation irrévocable. Cette disposition se rattache donc bien au droit des successions.

Il existe aujourd'hui deux variétés de règles liant les donations entre époux au droit successoral : d'une part, certaines sont communes à toutes les donations, mais on estime généralement qu'elles ne suffisent pas à rattacher l'ensemble du droit des donations à la loi successorale ; d'autre part, quelques unes leur sont particulières. La règle de la révocabilité est la plus importante de cette deuxième catégorie. Elle a pour effet que les donations ne deviennent définitives qu'au décès du disposant et ressemblent, dès lors, aux legs. On peut donc prétendre qu'elle change la nature de la donation et la rattache au régime successoral.

263. Mais ce rattachement suppose que la donation soit révocable, or si elle l'est en droit interne français, elle ne l'est pas dans tous les droits étrangers. M. Batiffol relève « la particulière variété des législations en la matière : prohibition absolue, révocabilité *ad nutum*, prohibition des seules donations de la femme, validité subordonnée à la réciprocité ou à certaines formes, toutes ces solutions se rencontrent » (1). Bien entendu, la qualification se fait *lege fori*. On ne doit donc tenir compte que de la nature de l'institution en droit français. Encore faut-il qu'il s'agisse de la même institution. Or le droit interne français peut s'analyser comme prohibant les donations ordinaires entre époux pour n'admettre qu'une variété de libéralités qui s'apparente malgré son nom bien plutôt au legs qu'à la donation. Or pourquoi la prohibition de la donation ordinaire relèverait-elle de la loi successorale ? Cette prohibition empêche les époux de modifier par leurs donations l'économie de leur régime matrimonial. C'est une disposition protectrice du régime matrimonial qui doit relever de la loi qui gouverne ce dernier. C'est bien parce que le statut pécuniaire risque d'en être affecté que les donations entre époux sont soumises dans beaucoup de législations à des règles particulières ou sont interdites. On consultera la loi successorale comme il est admis pour les donations ordinaires, seulement pour vérifier que la libéralité ne heurte pas le statut de la succession.

(1) H. Batiffol, note sous Req., 15 mars 1933, S., 1934.393.

D'un point de vue pratique, la loi du régime matrimonial présente sur la loi successorale l'avantage de pouvoir être déterminée (1) du vivant du donateur. Or il importe parfois de savoir en cours de mariage si la donation est révocable ou non. Il peut en être ainsi lorsque les tiers veulent traiter avec l'époux donataire. La compétence de la loi du régime n'exclut pas, en principe, celle de la loi contractuelle en dehors des règles qui visent à protéger le statut pécuniaire des époux, de celles donc qui sont particulières aux donations entre époux. Cependant, en fait, les deux lois se confondront presque toujours. Les donations constituent un « témoignage normal de l'affection qui existe entre les époux » (2). Elles présentent donc deux points communs avec le régime matrimonial : leur caractère pécuniaire et le fait qu'elles constituent des relations entre époux. La loi qui leur est applicable sera, dès lors, déterminée selon les mêmes indices que la loi du régime. Mais cela est-il vrai de toutes les donations ?

264. On a parfois proposé de distinguer entre les donations de biens présents et les donations de biens à venir. « La donation de biens à venir est, en effet, un mode contractuel de dévolution de la succession, et sa possibilité doit donc être, comme la possibilité d'en disposer par testament, régie par la loi de la succession » (3). On sera peut-être tenté de voir dans cette distinction une source inutile de complications. Mais, comme le fait remarquer M. Ponsard, « une discrimination opérée à cet égard entre donations de biens présents et donations de biens à venir n'est sans doute pas plus arbitraire que celle à laquelle conduisent d'autres systèmes, entre donations de biens à venir et legs, ou entre donations entre époux et donations entre personnes quelconques » (3). L'arrêt de la Chambre civile du 20 février 1929 (4) qui exigeait la capacité de tester, se rapportait à une donation de biens à venir et l'on estime généralement que sa solution ne doit pas être étendue aux donations de biens présents (5). Les décisions récentes de la Cour de Paris (6) dont la première s'était prononcée en faveur de la loi des effets personnels du mariage et la seconde en faveur de la loi successorale, peuvent être conciliées à la lumière de cette interprétation (7). Pourtant, selon un commentateur de l'arrêt du 26 février 1964,

(1) Sauf les difficultés de cette détermination en l'état présent de la jurisprudence relative aux conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux.

(2) H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons*, t. IV, n° 1539, p. 1198.

(3) A. Ponsard, note sous Paris, 4 juillet 1963, *Clunet*, 1964.65.

(4) Civ., 20 février 1929, S., 1929.1.112.

(5) Cf. *Encycl. D. Nouv. rép.*, V° *Dispositions à titre gratuit*, n° 20.

(6) Paris, 4 juillet 1963, *Revue*, 1963.772, note H. Batiffol ; *Clunet*, 1964.65, note A. Ponsard ; Paris, 26 février 1964, *Revue*, 1965.334, note R. -F. Le Bris ; *Clunet*, 1964.576, note A. Ponsard ; *Gaz. Pal.*, 1964.1.320, conclusions Mailhol. L'arrêt de la Chambre civile du 15 février 1966 (précité) qui a reconnu la compétence de la loi des effets personnels est relatif à une donation de biens présents.

(7) Cf. A. Ponsard, note sous Paris, 26 février 1964, *Clunet*, 1964.576.

cette interprétation est contredite par les termes mêmes de la décision (1). M. Le Bris relève, en effet, la proposition suivante : « d'après la qualification française, l'interdiction des donations entre époux, lorsqu'elle existe dans une législation ne participe pas de la nature d'une incapacité générale, mais constitue une règle prohibitive qui traduit la conception que le législateur a de la famille et du patrimoine familial ». En réalité, on peut seulement en déduire que l'arrêt manque de précision. Cette proposition conduit, en effet, à écarter pour toutes les donations la compétence de la seule loi de la capacité. Il n'est pas sûr que ce soit nécessairement toujours au profit de la loi successorale. L'évolution de la conception de la famille peut très bien conduire à la compétence de la loi des effets personnels du mariage et l'expression « patrimoine familial » évoque aussi bien le régime matrimonial que le régime des successions.

L'institution contractuelle entre époux doit donc être assimilée au testament sur le terrain des conflits de lois et soumise à la loi successorale. C'est d'ailleurs la solution traditionnelle (2). Elle comporte pourtant un inconvénient que relève M. Batiffol (3), et qui touche l'institution contractuelle mobilière : « La loi successorale ne sera déterminée que par le domicile de l'instituant à son décès, dont on ignore, lors de l'institution où il se trouvera. Or des questions peuvent se poser entre l'institution et le décès, et notamment la validité de l'institution, ses effets immédiats, sa révocabilité ». Mais des problèmes du même ordre existent en matière de testament, et notamment à propos des legs : le testateur peut, en effet, avoir intérêt à connaître, par exemple, les causes de révocation de plein droit des legs. La critique concerne donc plutôt le mode de détermination de la loi successorale que le rattachement de l'institution contractuelle à cette loi.

265. La loi du régime ne jouant, en tout état de cause, qu'un rôle limité en matière de donations entre époux, il importe de ne pas confondre les libéralités que peuvent se faire les époux, ni d'ailleurs la situation que leur fait la loi à titre d'héritier de leur conjoint avec les avantages matrimoniaux résultant de leur régime. En droit interne, les avantages matrimoniaux ne sont pas, en principe, considérés comme ayant un caractère gratuit. Ils sont prévus par le contrat de mariage dont ils suivent les règles de forme, à moins qu'ils ne résultent du régime légal : en tout cas, ils échappent aux règles de forme des donations. En outre, ils ne sont pas soumis au rapport et à la réduction pour atteinte à la réserve (4). L'on

(1) R.-F. Le Bris, note sous Paris, 26 février 1964, *Revue*, 1965.338.

(2) Cf. Colmar, 19 février 1949, *Rev. jur. Als.-Lor.*, 1949.313, note H. Degand ; *Revue*, 1950.52 ; Req., 7 mai 1924, *Clunet*, 1925.126 ; *Revue*, 1924.406.

(3) H. Batiffol, *Traité* , n° 654.

(4) H., L. et J. Mazeaud, *Leçons*, t. IV, n° 513, p. 423.

comprend que la question de la qualification se soit souvent posée (1), d'autant qu'elle est vivement discutée en doctrine (2) et que la loi elle-même paraît hésitante, considérant les avantages matrimoniaux comme des conventions à titre onéreux, sauf en présence d'enfants d'un premier lit. D'après M. Carbonnier, neuf systèmes ont été proposés par la doctrine pour distinguer les avantages matrimoniaux des libéralités entre époux. Selon son opinion personnelle, « il y a avantage matrimonial dans tout profit, prélèvement, avantage quelconque, rompant l'équilibre entre conjoints, et reçu de la société conjugale par l'un des époux en sa qualité d'époux » (3). De nos jours, les auteurs s'accordent généralement pour donner la qualification d'avantage matrimonial à tout avantage provenant de l'inégalité des « apports » ou ayant son origine dans une clause de partage inégal ou résultant de l'inégalité des revenus et des gains des époux (4).

Du point de vue des conflits de lois, les avantages matrimoniaux ne doivent ressortir qu'à la loi du régime et non à la loi successorale (5). Mais si la loi du régime fait de l'avantage une libéralité comme le droit français en présence d'enfants du premier lit, il y a lieu d'accepter cette qualification et de se référer à la loi successorale dans la mesure où celle-ci gouverne les libéralités. Ainsi, lorsque le droit français régit les relations pécuniaires des époux, dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, tous les avantages, hors les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux, seront considérés comme des libéralités. La loi successorale interviendra alors. En quelque sorte, on admet que la loi du régime puisse rejeter de son domaine des avantages matrimoniaux en les qualifiant de libéralités.

On a dit qu'il faut se référer en premier lieu à la loi du régime parce que, de toute façon, la loi du régime matrimonial et la loi successorale s'appliquent successivement et dans cet ordre « à la liquidation du patrimoine que laisse à sa mort une personne mariée » (6). On peut reprocher à cette solution sa complication, mais elle n'est pas plus compliquée que le problème lui-même et tient à la nature ambigue de ces institutions. Le problème serait assurément simplifié si l'on donnait à la succession et au régime matrimonial un rattachement unique et qu'on les soumettait tous deux

(1) Cf. les références citées dans PLANIOL et RIPERT, t. IX, 2e éd. par J. BOULANGER, 1960, n° 1107.

(2) Cf. références citées dans PLANIOL et RIPERT, t. IX, nos 1100 et 1107, cf. également J. CARBONNIER, thèse, p. 665 et s.

(3) J. CARBONNIER, thèse, p. 665 et s.

(4) PLANIOL et RIPERT, t. IX, n° 1106 ; A. WEILL, « Communauté conventionnelle », *Encycl. D. Dr. Civ.*, n° 414 ; D. WEILLER, *J.-Cl. Dr. Civ.*, art. 1527-1528, nos 11 et s.

(5) Trèves, 5 janvier 1807, S., 2e vol., an XIII-1808.II.186.

(6) F. RIGAUX, *La théorie des qualifications en droit international privé*, n° 251, p. 373.

à une « loi du patrimoine familial ». La solution serait, en outre, améliorée car on éviterait ainsi de dissocier deux institutions complémentaires, le régime successoral accordant au conjoint les droits que ne lui assure pas le régime matrimonial et réciproquement. Ainsi l'équilibre que forme leur association ne serait pas rompu (1).

Enfin, les droits internes n'étant pas tenus à des qualifications précises ont créé, en dehors des donations, d'autres institutions hybrides qui tiennent du régime successoral et du régime matrimonial : il s'agit essentiellement des gains de survie des conjoints.

§ 2. — Les gains de survie des conjoints

266. La loi du régime matrimonial et la loi successorale devant être appliquées successivement, il s'agit de savoir où s'arrête la compétence de l'une et où commence celle de l'autre. Le partage de compétence peut aboutir à des résultats malheureux, soit que le conjoint survivant en tire un bénéfice excessif, soit, au contraire, qu'il se voie gravement lésé (2). La jurisprudence s'est parfois rebellée contre l'incohérence de ces résultats.

Dans un conflit interpersonnel, la Cour de cassation a même décidé que les droits successoraux du conjoint survivant devaient être soumis à la même loi que le régime matrimonial (3). « Attendu, en effet, que, comme le relève justement l'arrêt attaqué, la dame Diaye tirait sa vocation successorale, non de sa parenté d'origine avec le défunt, mais du mariage qui l'avait unie à Kouoh ; qu'ainsi la détermination de ses droits à l'ouverture de la succession supposait la liquidation du régime matrimonial ayant existé entre elle et son mari, laquelle se trouvait régie par la loi française ; que c'est par suite à bon droit que la Cour d'appel a estimé qu'on ne saurait en même temps reconnaître à la dame Diaye sa qualité de citoyenne française mariée habile à poursuivre le partage de la communauté, et lui refuser la vocation de veuve usufruitière, née de cette même qualité ». Cet arrêt en ne soumettant à la loi du régime que les droits successoraux du conjoint survivant a pour résultat de les faire régir par une loi différente de celle qui régit les droits successoraux des autres héritiers. Il ne soumet pas à une loi unique le régime matrimonial et le régime successoral, comme le souhaitent bon nombre d'auteurs (4). Il se contente de soumettre à la loi du régime certains droits manifestement successoraux.

(1) A. Weill, note sous Civ., 23 décembre 1954, *Revue*, 1956.671.

(2) G. Cansacchi, « Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois », *Recueil*, n° 83, 1953.II.81 et s., spécialement p. 146 et s.

(3) Civ., 23 décembre 1954, *Revue*, 1956.671, note A. Weill ; *Rev. jur. et pol. de l'Un. franç.*, 1955.429, note M. A. ; 1956.601, note P. Lampué ; *Penant*, 1956.127, note A. Robert.

(4) Cf., par exemple : A. Chausse, « Du rôle international du domicile », *Clunet*, 1897.5 et s., spécialement p. 27 ; A. Pillet, « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Clunet*, 1896.5 et s., spécialement p. 22, note 1.

La question n'était pas, en l'occurrence, de déterminer si un droit était de nature matrimoniale ou successorale. La Cour de cassation a estimé qu'un droit dont la nature successorale n'était pas contestée devait être soumis à la loi du régime. La solution, bonne peut-être en pratique, se justifie assez mal sur le terrain des principes. Mais l'on peut discuter sur le point de savoir s'il ne convient pas de soumettre à la loi du régime les droits successoraux du conjoint survivant. Celui-ci ne risquerait pas de la sorte d'être frustré ou, au contraire, excessivement avantagé par le jeu combiné de la loi successorale et de la loi matrimoniale. Cette solution permettrait, d'autre part, d'esquiver le classique et difficile problème de qualification posé par certaines institutions sur la nature desquelles on peut hésiter.

267. En 1897, lorsque Bartin voulut démontrer l' « impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois (1), il proposa d'abord une hypothèse concernant le régime matrimonial et les successions. Supposons, disait-il, que deux Etats s'accordent sur les règles de rattachement. En principe, ils retiendront la compétence des mêmes lois en ce qui concerne le régime matrimonial d'un ménage international, soumis, par hypothèse, à la loi du premier Etat, et la succession du mari régie par la loi du second Etat ; « Sa veuve réclame en cette qualité un certain droit à l'encontre de sa succession, composée de valeurs et d'immeubles situés en fait sur le territoire du second Etat. Ce droit, la loi successorale du second Etat ... ne le reconnaît pas, mais la veuve soutient que la prétention qu'elle élève ne se rattache pas à la dévolution de la succession, qu'elle se rattache, au contraire, au régime des biens entre époux, et que justement la loi matrimoniale du premier Etat ... l'admet et la consacre ». Or la loi du second Etat « peut très bien rattacher cette prétention au régime des biens entre époux, tandis que la loi du premier Etat estime qu'elle se rattache à la dévolution héréditaire du patrimoine du conjoint prédécédé ».

268. Cet exemple inspiré d'une espèce dont la Cour d'Alger eut à connaître, relative à l'institution maltaise de la quarte du conjoint pauvre (2), était fort bien choisi, même si Bartin, comme on le lui reprocha (3), a donné une relation inexacte des circonstances de *l'affaire Bartholo*. En effet, de nombreuses difficultés proviennent en pratique d'institutions anglo-saxonnes assurant des droits de survie à la veuve, et particulièrement du douaire. Ces droits de survie constituent-ils des avantages matrimoniaux ou des droits successoraux ? Sans doute, du moment que l'on admet

(1) E. Bartin, « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *Clunet*, 1897.225 et s.
(2) Alger, 24 décembre 1889, *Clunet*, 1891.1171.
(3) Cf. sur ce point : F. Rigaux, *La théorie des qualifications*, n° 40, p. 47.

le principe de la qualification *lege fori*, l'on ne se préoccupe pas des qualifications différentes des droits étrangers. Le problème posé par ces institutions, consistant seulement à se demander si elles constituent des avantages matrimoniaux ou des droits successoraux n'est peut-être pas insoluble. Il s'apparente au problème que pose la distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux, jusqu'à se confondre avec lui, lorsque ces droits de survie ne résultent pas directement de la loi mais de conventions. Si l'on admet avec M. Weill, que « les trois traits typiques du droit de succession dans l'esprit de notre législation (sont) la réciprocité de la vocation des deux époux, la condition de survie, l'attribution indépendante du régime matrimonial» (1), et qu'au contraire, les avantages matrimoniaux résultent soit de l'inégalité des apports, soit de clauses de partage inégal dans le contrat de mariage, soit encore de l'inégalité des revenus et des gains des époux, on pourra qualifier les institutions étrangères d'après ces critères. Mais une complication se présente aussitôt : si, en droit français, un partage inégal ne saurait résulter que de clauses incluses dans le contrat de mariage, c'est évidemment que le régime légal prévoit un partage égal. Il n'en va pas nécessairement de même dans les droits étrangers. Est-ce qu'alors on ne devra pas qualifier d'avantage matrimonial le bénéfice que la femme tire du partage sous prétexte que son inégalité ne résulte pas de clauses contractuelles mais de dispositions légales ? Et si l'on admet que dans ce cas l'avantage matrimonial peut résulter également de la loi, comment reconnaîtra-t-on si les dispositions le prévoyant dépendent du régime matrimonial ou de la succession ? Dans *l'affaire Bartholo*, la Cour d'Alger s'était fondée sur le fait que la disposition en cause était placée dans le Code Rohan qui formait la loi maltaise au titre du mariage et de la société conjugale et non au chapitre des successions (2). Mais une telle circonstance ne saurait être retenue comme déterminante. Car, d'une part, la qualification se fait alors selon la loi étrangère et non selon la loi du for : il est vrai que l'on peut justifier cette exception au principe, en soutenant qu'il s'agit d'une institution inconnue du droit français, mais il resterait à prouver qu'elle ne peut être rapprochée d'aucune institution française. D'autre part, même s'agissant d'une institution prévue par le Code civil français, l'emplacement des dispositions au sein de ce dernier n'a jamais paru un indice suffisant pour justifier une qualification. On pourrait alors être tenté de trouver un critère dans le caractère supplétif des règles qui les lie à un régime déterminé. Si ces règles étaient impératives et ne pouvaient être écartées dans le contrat de mariage, si, autrement dit, elles s'appliquaient quel que soit le régime choisi, la qualification d'avantage matrimonial leur serait refusée. Un tel critère cependant, que l'on

(1) A. Weill, note sous Civ., 23 décembre 1954, *Revue*, 1956.671.
(2) Alger, 24 décembre 1889, *Clunet*, 1891.1171.

a plus souvent proposé d'utiliser pour délimiter le domaine de la loi du régime par rapport à celui de la loi des effets personnels du mariage, méconnaît l'existence d'un régime matrimonial de base qui fait exception à la liberté des conventions matrimoniales. Il n'est donc pas possible de savoir si l'attribution dépend ou non du régime.

La réciprocité de la vocation des deux époux et la condition de survie ne sont pas des caractéristiques plus déterminantes. Selon M. Carbonnier, « il ne faut pas croire que la réciprocité constitue le signe diacritique par où le droit de succession se sépare de l'avantage matrimonial : notre législation connaît des droits de succession qui ne sont pas réciproques (C. civ., art. 358-765) et des avantages matrimoniaux qui le sont (préciput, attribution de la communauté au profit du survivant des époux)... Tout aussi inutilement, on chercherait à caractériser le droit des successions par opposition à l'avantage matrimonial, en recourant à sa définition de mode d'acquérir par décès. La difficulté entière vient précisément de ce qu'il y a des avantages matrimoniaux dont l'effet est déclanché par le prédécès de l'un des époux ... » (1).

Sans doute les droits successoraux ont un caractère gratuit et les avantages matrimoniaux un caractère onéreux. Mais la gratuité ne se décèle pas toujours facilement. « L'avantage matrimonial est un bénéfice de la société conjugale » (1). Mais comment reconnaître qu'il s'agit d'un bénéfice plutôt que d'une part gratuite ? La jurisprudence a toujours manifesté un certain embarras à répondre à la question.

269. Quelques années avant *l'affaire Bartholo*, la Cour d'Aix eut à connaître d'une espèce relative également à la quarte du conjoint pauvre, prévue en l'occurence par le droit grec (2). La Cour approuva les prétentions de la veuve. sans résoudre pour autant le problème de la qualification de la quarte, en ayant recours à la théorie des droits acquis de façon peu orthodoxe : « attendu que, pour échapper à l'application de cette loi, les appelants, enfants du premier lit, soutiennent que la veuve Kassab a perdu le droit d'en réclamer le bénéfice par l'effet de la naturalisation française que son mari a obtenue postérieurement au mariage ; mais attendu que la naturalisation est personnelle à celui qui l'obtient ; que, d'une manière générale, elle n'influe en rien sur le droit des tiers et qu'en aucun cas elle ne saurait avoir pour effet de faire perdre à la veuve Kassab des avantages qui résulteraient pour elle de la loi sous laquelle elle a contracté son mariage ; attendu, en effet, que ces avantages, soit qu'on leur attribue le caractère de créance ou de part héréditaire, constituent pour la veuve Kassab un droit positif, qui naît à la fois et de la loi et du mariage contracté en vue de cette loi, et qui, s'il

(1) J. Carbonnier, thèse, p. 251-252.
(2) Aix, 21 mars 1882, S., 1885.2.117.

n'est qu'un droit éventuel, en ce sens que sa réalisation est soumise aux variations de la fortune de son mari, n'en est pas moins un droit acquis et immuable, en ce sens qu'une loi postérieure ne saurait ni le modifier, ni le détruire ».

Vingt ans auparavant, la Cour de Paris, ayant à déterminer la nature juridique du douaire prévu par la loi de l'Etat de Pensylvanie, n'avait pas esquivé le problème (1). Selon la loi américaine, la veuve est propriétaire de la moitié du mobilier laissé par son mari, quand celui-ci est décédé sans postérité. Les Français appelés à la succession d'un étranger pouvaient, selon la loi du 14 juillet 1819, article 2, prélever sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils étaient exclus en vertu des lois successorales étrangères. La question était donc de savoir si le douaire est de nature successorale et si les héritiers pouvaient en conséquence réclamer le bénéfice de la loi de 1819. La Cour de Paris écarta leur prétention : le *dower* doit être considéré comme une « convention matrimoniale tacite ». Il a, en effet, « la même origine et la même cause que le douaire coutumier de l'ancien droit français... Il constitue pareillement, en faveur de la veuve, sur les biens de son mari qui y sont affectés, un droit de propriété virtuellement préexistant au jour du décès, mais qui n'obtient son effet qu'à compter de cette époque ». Ainsi donc, la Cour de Paris tient le raisonnement suivant : le douaire n'est pas inconnu en France, il existait dans l'ancien droit, il y était qualifié d'avantage matrimonial et doit donc l'être aujourd'hui aussi. La Cour ne justifie pas vraiment sa décision et se contente en somme d'invoquer la tradition. Elle aurait pu citer à ce propos, en faveur de la loi du régime, une décision ancienne de la Cour de cassation relative au douaire de la Coutume normande (2). Sans doute, la Cour de Paris donne un autre argument lorsqu'elle déclare que le douaire constitue un « droit de propriété virtuellement préexistant ». Mais, en réalité, elle ne peut l'affirmer que parce qu'elle a retenu la qualification matrimoniale. Ce n'est qu'une constatation déduite *a posteriori* de l'idée que le douaire est un avantage matrimonial.

270. Le 24 août 1877, le Tribunal de la Seine, dans l'*affaire Lesieur* déclarait pour sa part « que, d'après la législation des Etats désignés (Virginie et New York), le douaire ne constitue pas une libéralité, que la femme le tient de la loi et non pas du mari, qui ne peut en aucune manière y porter atteinte, qu'il est de l'essence même du régime matrimonial, qu'il n'est d'ailleurs que la compensation de la situation faite à la femme américaine, qui ne participe en rien aux acquisitions de son mari » (3). Ce dernier argument milite évidemment

(1) Paris, 6 janvier 1862, S., 1862.2.337.
(2) Civ., 5 avril 1813, S., 4e vol., 1812-1814.1.319.
(3) Trib. civ. Seine, 24 août 1877 sous Civ., 4 avril 1881, S., 1883.1.66, note L. Renault.

en faveur de l'application au douaire de la loi qui gouverne le régime matrimonial, mais il ne démontre nullement que le douaire est plutôt un avantage matrimonial qu'un droit successoral : il servirait aussi bien à démonter les liens existant entre régime matrimonial et régime successoral. Mais l'argument principal du Tribunal, pour rattacher le douaire au régime matrimonial, est qu'il découle directement de la loi et échappe au domaine de l'autonomie de la volonté. Le critère, en somme, pour distinguer l'avantage matrimonial sinon des droits successoraux, du moins des libéralités serait que la volonté n'aurait aucun rôle à jouer pour le premier et un rôle essentiel pour les secondes. Il est vrai qu'une libéralité suppose nécessairement l'existence d'une volonté. Mais l'absence de volonté caractérise si peu le régime matrimonial qu'on a très longtemps cru pouvoir distinguer — et l'on fait aujourd'hui encore trop souvent appel à ce critère contestable — les effets personnels du mariage d'avec le régime matrimonial par l'idée que les effets personnels découlent directement de la loi alors que le régime émanerait de la volonté des futurs époux. Très souvent. on affirme que telle institution n'appartient pas au domaine du régime matrimonial parce que la volonté des futurs époux n'y a pas de prise. Dans *l'affaire Lesieur*, le Tribunal de la Seine affirmait que le douaire est de l'essence même du régime, car la volonté n'y a pas de part. Ni l'une, ni l'autre de ces propositions ne doit être considérée comme exacte. Il est plus juste de reconnaître que certains droits successoraux découlent directement de la loi alors que d'autres constituent des libéralités, de même que certains avantages matrimoniaux peuvent résulter directement de la loi et d'autres de la volonté des futurs époux.

Pourtant, le Tribunal de la Seine tire une conséquence importante de son système. Conformément à une possibilité octroyée par la loi américaine, le douaire légal du tiers de la fortune du mari avait été augmenté par ce dernier jusqu'à proportion de la moitié. Puisque le douaire légal était considéré comme faisant partie du régime matrimonial pour la raison que la volonté y est étrangère, la part du douaire qui en formait l'augmentation conventionnelle fut considérée comme une libéralité échappant au domaine du régime.

La Cour de Paris infirma cette décision (1), qui « établirait ainsi sur la loi étrangère des distinctions et des solutions qui ne sont pas justifiées par les textes ... rien n'autorise à considérer le douaire légal comme une propriété, l'augment comme une libéralité réductible ». Selon la Cour, puisque le douaire n'a pas été prévu par le Code civil et qu'il n'a pas cours en France, il serait inutile d'en rechercher le caractère ou les effets. Renault avait lui aussi critiqué la distinction faite par le Tribunal de la Seine. Mais, disait-il, « du moment que la loi américaine sur le statut matrimonial était déclarée compétente, il fallait l'appliquer jusqu'au bout : or, d'après cette loi, le douaire a toujours le même caractère ... que sa quotité reste fixée par la loi

(1) Paris, 6 mars 1879 sous Civ., 4 avril 1881, S., 1883.1.66, note L. Renault.

ou qu'elle le soit par le mari, il n'y a jamais qu'un règlement de l'association conjugale » (1). Pourtant, on ne peut ignorer que l'augment du douaire résulte d'un testament postérieur au mariage : dès lors, si l'on suit l'opinion de Renault, l'on doit aussi reconnaître qu'il y a modification des conventions matrimoniales. Mais le principe de l'immutabilité ou de la mutabilité de ces conventions suit la loi du régime, donc, en l'occurrence, la loi américaine qui permet cette modification. La Cour de cassation, sans beaucoup expliquer sa solution, décida que, la loi française n'admettant pas le douaire, celui-ci ne peut avoir effet en France qu'à titre de libéralité (2).

Enfin, la Cour de Nîmes refusa en 1912 le douaire du tiers des meubles du *de cujus* à une veuve qui avait été mariée sous le régime de la séparation de biens du Maryland, pour la raison que la succession était régie par la loi française (3). A vrai dire, le problème de qualification est passé inaperçu et il a paru aller de soi que le douaire dépende de la loi successorale.

Les arrêts de la Cour de Paris et de la Cour de Nîmes ont abouti à des résultats particulièrement peu heureux, le régime de la séparation n'étant pas compensé pour la veuve par le douaire qui, dans les deux cas, lui a été finalement refusé. On peut donc penser, à défaut d'autres arguments, que le douaire, accompagnant les régimes de séparation, en en supprimant le caractère injuste pour la femme, ne doit pas en être dissocié par le jeu des règles de rattachement et doit donc suivre la loi du régime.

271. Cet argument peut servir à résoudre un autre problème. Selon les lois américaines qui prévoient le douaire, si le mari fait à sa femme un legs, celle-ci doit choisir entre l'exécution de ce legs et l'exercice de son douaire. Dès lors, si l'on admet que le douaire dépend de la loi du régime et étant donné que le legs ressortit à la loi successorale, quelle loi gouvernera le choix entre legs et douaire ? Si le droit français gouverne la succession, la femme ayant réclamé l'exercice de son douaire américain, devra-t-elle renoncer au legs fait par son mari ? La solution équitable consiste à répondre par l'affirmative et donc à reconnaître la compétence de la loi du régime en ce qui concerne le choix. Mais dans une espèce déjà ancienne, la Cour suprême n'a pas cru devoir se prononcer en ce sens (4).

A vrai dire, les faits se présentaient un peu différemment, mais le problème restait le même sauf qu'il n'était pas question de douaire et que l'incertitude de sa nature ne compliquait pas la question. La veuve devait choisir selon la loi new-yorkaise entre le legs et les droits qu'elle aurait eu à faire valoir contre la succession de son mari à raison de ses apports. Le Tribunal de Versailles, approuvé par la

(1) L. Renault, note sous Civ., 4 avril 1881, S., 1883.1.66.
(2) Civ., 4 avril 1881, S., 1883.1.65, note L. Renault ; *Clunet*, 1882.87 ; D., 1881.1.381.
(3) Nîmes, 10 décembre 1912, D., 1914.II.169, note J. Valéry.
(4) Civ., 16 août 1869, S., 1869.1.417.

Cour de Paris, retint la conpétence de la loi de l'Etat de New York en ce qui concerne le régime matrimonial et déclara que la femme, puisqu'elle avait réclamé l'exécution du legs, devait renoncer à se faire rembourser ses apports (1). « Cette solution paraît à première vue incontestable, puisqu'en droit international privé français l'exercice des reprises relève du régime des biens entre époux », note M. Rigaux qui ajoute que, sur la base de ce raisonnement, si la femme avait commencé par reprendre ses apports et n'avait réclamé qu'ensuite le paiement de son legs, on aurait dû appliquer la loi successorale française et lui donner gain de cause (2).

La Cour suprême cassa l'arrêt de la Cour d'appel. Son argumentation permet à la veuve d'obtenir et la reprise de ses apports et l'exécution du legs : les époux étaient bien soumis à la loi américaine en ce qui concerne leur régime matrimonial, mais le legs fait par le mari à la femme et accepté par celle-ci était était étranger à leurs conventions matrimoniales (3). Mai si le legs est bien étranger au régime matrimonial, il n'en va pas de même d'une règle qui, somme toute, concerne le remboursement des apports. Bien entendu, la même règle concerne aussi bien l'exécution du legs. On est donc indiscutablement en présence d'une règle dont le caractère mixte est irréductible. Selon M. Rigaux, « c'est une institution qui, de par sa nature, se dérobe à être qualifiée de manière exclusive sous le concept régime matrimonial ou sous le concept régime successoral ». Et l'auteur y voit la démonstration de l'insuffisance pratique de la théorie des qualifications (4).

272. La jurisprudence française a-t-elle élaboré un système cohérent permettant de surmonter les difficultés que suscitent les conflits de lois relatifs aux gains de survie ? Nous avons vu que ses solutions ne sont pas toutjours heureuses en pratique. L'on peut se demander si elles sont du moins satisfaisantes sur le plan théorique (5). Si l'on exclut quelques décisions divergentes, la jurisprudence peut être interprétée de deux manières. On a voulu en tirer la règle que, si des deux lois gouvernant la succession et le régime matrimonial l'une est française, le domaine de cette dernière doit être intégralement respecté, fût-ce au détriment du domaine de compétence de la loi étrangère. Ainsi, la loi successorale française étant compétente, on analysera le douaire comme étant un droit successoral de sorte qu'il devra respecter le droit français des successions. De même, en pareil cas, la règle de l'option sera sans effet

(1) Trib. civ. Versailles, 27 février 1867, Paris, 30 août 1867 sous Civ., 16 août 1869, S., 1869.417.

(2) F. Rigaux, p. 52, n° 43.

(3) Civ., 16 août 1869, S., 1869.417.

(4) F. Rigaux, p. 53, n° 44.

(5) A propos de conflits du même genre devant les juridictions allemandes : cf. F. Boulanger, *Etude comparative du droit international des successions en France et en Allemagne*, n^{os} 124 et s.

sur le legs régi par la loi française, même si de ce fait cette règle est également retranchée du régime matrimonial gouverné pourtant par la loi qui l'édicte.

Mais on peut tout aussi bien dire que la qualification successorale l'emporte sur la qualification matrimoniale (1). En effet, si la compétence de la loi française est préférée, c'est uniquement parce qu'elle régit les successions. « L'identité de la loi successorale et de la *lex fori* n'est pas fortuite car, si la liquidation de l'association conjugale constitue une opération préalable à la liquidation de la succession ... il est procédé aux deux liquidations au moment de l'ouverture de la succession et dans l'ordre juridique applicable à celle-ci » (1). Mais si la loi successorale l'emporte, n'est-ce pas précisément parce qu'elle s'identifie à la loi du for ?

En Allemagne on pense, au contrraire, que la loi matrimoniale doit l'emporter sur la loi successorale (2) et il est certain qu'on aboutit par ce système à des résultats plus équitables. D'un point de vue logique, on peut faire remarquer, quoique l'argument ne soit pas absolument déterminant, que le régime matrimonial doit être liquidé préalablement à la succession. La seule véritable solution serait sans doute une unification des règles de rattachement pour tout le patrimoine familial. Il faut bien en attendant se contenter de la solution qui donne en pratique les résutats les plus heureux ; de ce point de vue l'orientation prise en droit allemand paraît devoir être préférée aux hésitations de la jurisprudence française.

(1) Cf. F. Rigaux, p. 376, n° 253.
(2) F. Rigaux, p. 377 et s., n^{os} 254 et s. ; F. Boulanger, n° 127, p. 141.

CONCLUSION

273. Selon M. Graulich, « Le problème essentiel posé par le droit international privé est celui de la réglementation des faits sociaux de la vie internationale, réglementation qui ne peut généralement se réaliser en l'état actuel que par le truchement d'un rattachement à une législation interne » (1). Les relations patrimoniales des époux comptent parmi ces faits sociaux. En droit interne, le régime matrimonial en gouverne l'ensemble. Il s'agit de savoir si la notion de régime matrimonial a cours en droit international privé et, dans l'affirmative, quelle est la loi compétente et quelles relations doivent lui être soumises. Nous avons dans cette étude essayé de répondre à ces questions.

L'intérêt des juristes s'est toujours principalement porté sur la détermination de la loi applicable. Le législateur de chaque pays, lorsqu'il établit une loi relative au régime matrimonial, tient compte de conditions et de besoins particuliers. La loi se veut adaptée non pas à l'univers entier, mais à certaines situations et à certaines catégories de personnes. La règle de conflit devrait être telle que chaque ménage soit régi par la loi qui est la plus adaptée à sa situation propre.

Nous avons proposé que le régime matrimonial soit gouverné par la loi du pays où se situe le centre des intérêts du ménage. Il s'agit de découvrir le pays qui exerce l'attraction la plus forte sur le ménage. Le terme d'intérêts n'a donc pas dans notre conception une signification exclusivement financière. On tiendra compte surtout du domicile où les relations patrimoniales des époux se situent en majorité. Mais, comme il peut être provisoire, on vérifiera que les époux n'ont pas conservé des attaches plus sérieuses en un autre pays. L'un des indices importants pourrait être de ce point de vue qu'ils soient de même nationalité et qu'ils n'aient pas acquis celle du pays où ils vivent. On pourrait même dans ce cas songer à les soumettre d'office à leur loi nationale, mais il serait nécessaire alors que, s'ils changent ultérieurement de nationalité, une loi leur permette de mofidier le régime matrimonial pour le conformer à leur nouvelle loi nationale.

Il nous a semblé qu'il convenait de retenir la loi du centre des intérêts du ménage parce qu'elle correspond à la nature même du

(1) P. Graulich, *Principes de droit international privé*, n° 14, p. 16.

régime matrimonial. Le choix d'une règle de rattachement dépend de la conception que l'on se fait de cette institution.

274. Dans cet ordre d'idées, la première question à poser est celle de l'existence même du régime matrimonial comme institution. La réponse en droit français ne saurait d'ailleurs faire de doute ; elle est affirmative : le régime matrimonial, selon la définition la plus usuelle, est l'ensemble des règles gouvernant les relations patrimoniales des époux. L'on ne saurait pourtant oublier que les législations anglo-saxonnes et musulmanes comportent sans doute des règles relatives aux rapports patrimoniaux des époux, mais ne les considèrent pas comme formant un ensemble. Les pays de *common law*, continuant la tradition défendue par d'Argentré contre Dumoulin estiment que de telles dispositions ont pour objet essentiel de régler le sort de biens, le fait qu'elles se rapportent à ceux des époux ne devant rien changer à la solution des conflits de lois. Or le régime des biens dépend, en ce qui concerne les immeubles, de la loi de leur situation, et pour ce qui est des meubles, de la loi du domicile, de sorte que plusieurs lois pourraient régir à la fois les relations patrimoniales des conjoints. Cette solution méconnaît que chaque législation cherche à équilibrer par des moyens différents les intérêts des deux époux et que l'intervention simultanée de plusieurs lois compromet l'équilibre.

275. Dans la mesure où l'existence d'un véritable statut patrimonial des époux est reconnue, est-il une institution juridique pleinement autonome ou plutôt un élément ou une variété d'une institution juridique plus compréhensive (1). S'il fait partie d'une catégorie juridique plus large, il en empruntera le rattachement.

Or il a souvent été soutenu que le régime matrimonial ne diffère pas fondamentalement des effets personnels du mariage. Il devrait donc, comme eux, être soumis à la loi personnelle des époux. A ce titre, la compétence de la loi nationale du mari est souvent pronée, car cette solution est retenue par la plupart des pays voisins de la France (2) et elle a, en outre, le mérite de la simplicité. Pourtant, non seulement elle ne respecte pas l'égalité des sexes, mais elle aurait encore pour effet de soumettre les ménages définitivement établis en France à une loi étrangère, même lorsque le mari seul n'est pas Français. Cette situation ne serait avantageuse ni pour les époux, ni pour les tiers.

D'ailleurs la loi nationale du mari n'est pas considérée en France comme loi personnelle des conjoints. En suivant la jurisprudence *Rivière*, on devrait plutôt donner compétence à la loi nationale commune et, pour les ménages « mixtes », à la loi du domicile matrimonial. Ce système par les critères qu'il retient se rapproche de

(1) Cf. J. Bonnecase, *Science et tradition en droit civil*, 1932, p. 6 et s.
(2) Cf. Belgique, Allemagne, Italie, Espagne.

celui que nous préconisons. Mais, alors que la loi applicable se détermine d'après les circonstances de rattachement telles qu'elles se présentent au moment où les effets personnels se produisent et peut donc changer, la loi qui gouverne le régime matrimonial pendant toute la durée du ménage est celle qui était compétente au jour de la célébration du mariage. Ce point n'a jamais été contesté par les partisans de la loi personnelle, quoiqu'ils se fondent sur l'assimilation des effets personnels et patrimoniaux du mariage (1). Là encore il s'agit de préserver l'équilibre des intérêts du mari et de la femme qui pourrait être compromis par l'application successive de lois différentes. Mais n'est-ce pas reconnaître que le régime matrimonial n'est pas pareil aux autres effets du mariage ?

276. Orienté vers d'autres solutions, le système traditionnel français a préféré y voir un contrat à la suite de Dumoulin et le soumettre à la loi choisie par les parties. Mais l'application de la règle d'autonomie crée un état d'incertitude préjudiciable aux intéressés : très souvent la volonté des époux n'est pas seulement implicite, mais inexistante ; dès lors les indices qui doivent permettre de la déceler ne peuvent rien signifier et sont retenus de façon plus ou moins arbitraire. Ce système suppose encore que l'on adhère à la théorie qui analyse le régime légal comme un contrat tacite. Or cette théorie appelle des objections décisives dont l'une des plus importantes est que la loi impose le régime légal, dans certains cas comme celui du contrat nul, contre la volonté même des époux.

S'il corrige certains des inconvénients pratiques de la loi d'autonomie et particulièrement celui de l'incertitude, le système de l'option selon lequel les époux doivent expressément choisir la loi applicable lors de la célébration du mariage impose à ceux-ci un choix difficile qu'ils seront souvent incapables de faire.

277. L'on voit par la critique des différents systèmes proposés que les règles composant le régime matrimonial ne peuvent être rattachées au régime général des biens quoiqu'elles se rapportent à des biens ; que le régime matrimonial ne peut pas non plus être considéré comme un effet entre autres du mariage bien qu'il concerne les époux ; qu'il ne peut pas davantage être ramené à la catégorie juridique des contrats, même si les époux disposent d'une certaine liberté pour son organisation. C'est qu'il est une institution complexe et que l'on ne peut pas faire abstraction de sa complexité sans le dénaturer.

M. Carbonnier a pensé que cette complexité était celle des sociétés (2). Mais si le rapprochement s'impose, il est sans doute excessif de voir dans le régime matrimonial une société et non pas seulement

(1) Cf. art. 15 E.B.G.B., art. 19, C. civ. italien.
(2) Cf. J. Carbonnier, thèse.

une institution qui ressemble à celle des sociétés et dont il nous paraît plus juste de reconnaître l'autonomie (1).

Le régime matrimonial étant une institution autonome de caractère complexe, la règle de rattachement ne doit pas être empruntée à une catégorie juridique plus large, mais doit tenir compte de cette complexité. Les relations juridiques en cause lient les époux en même temps qu'elles ont pour objet leurs biens. Ces deux aspects nous paraissent heureusement conciliés dans la notion d'intérêts du ménage. La recherche du centre de ces intérêts répond à l'idée que le régime matrimonial est un ensemble, une « charte », sinon un contrat et qu'il ne faut pas rattacher isolément chaque relation à un ordre juridique.

278. Le choix de la loi applicable n'est pas sans influence sur son domaine. Plus exactement la délimitation du domaine comme la détermination de la règle de conflit dépend de la conception que l'on a de la nature du régime matrimonial.

Ce principe doit cependant être nuancé. En effet, si les règles relatives aux rapports patrimoniaux des conjoints, telles que les ont édictées certains ordres juridiques ne correspondent pas à notre conception du régime, en ce sens qu'elles ne forment pas un ensemble, elles doivent néanmoins être inclues dans le domaine de la loi du régime. Si l'on admettait le contraire, des dispositions contradictoires pourraient gouverner les relations patrimoniales du ménage. L'on se demandera donc seulement si un rapport juridique relève en droit français du régime matrimonial pour le soumettre aux dispositions de la loi du centre des intérêts. Peu importe si ces dernières forment un véritable régime ou non.

Or toutes les règles gouvernant les relations patrimoniales des époux appartiennent dans notre conception au régime matrimonial, de sorte qu'elles doivent toutes relever de la même loi. Le régime matrimonial ne se définit pas par le principe de la liberté des conventions matrimoniales. Cette loi ne régit donc pas les seules dispositions supplétives. En particulier, le régime impératif de base est de sa compétence. Un argument classique perd toute valeur. La loi applicable ne dépend pas directement de la libre volonté du ménage ; on ne peut donc plus arguer de l'illogisme qu'il y aurait à faire dépendre des règles impératives du choix des époux.

En droit interne, l'établissement du régime matrimonial ne dépend en rien de la volonté des époux qui peuvent, selon la liberté que leur laisse la loi compétente, non pas agir sur son existence, mais seulement sur une partie de son contenu. La loi compétente dira dès lors s'ils peuvent modifier leur régime en cours de mariage

(1) Cf. R. J. Pothier, t. I, p. 214 : « La communauté dont il est traité sous ce titre est une espèce de société de biens que contracte un homme et une femme lorsqu'ils se marient. J'ai dit une espèce de société, car elle est très exorbitante des sociétés ordinaires ».

et à quelles conditions. Qu'elles soient passées avant ou après la célébration, les conventions matrimoniales seront sous la dépendance de cette loi et ne devront pas la heurter dans ses dispositions impératives. Nous nous séparons sur ce point de la doctrine qui préconise généralement la compétence de la loi d'autonomie pour le régime conventionnel, même lorsqu'elle suggère de soumettre le régime légal à la loi personnelle ou à la loi du centre des intérêts. Nous pensons, en effet, que le régime matrimonial n'est pas une institution différente selon que les époux ont fait ou non un contrat.

279. De même qu'il nous semble peu opportun de ne pas soumettre le régime matrimonial avec ses dispositions impératives à la loi du centre des intérêts sous prétexte que les époux ont passé des conventions matrimoniales, il nous paraît vain de rattacher certaines règles à la loi personnelle parce qu'elles touchent à l'organisation du ménage et de la famille. Le régime matrimonial tout entier est, selon nous, une pièce de cette organisation qui a lieu sur un double plan patrimonial et personnel. Les intérêts personnels et patrimoniaux ne sont jamais tout à fait indépendants les uns des autres. Aussi faut-il admettre que les règles patrimoniales doivent relever de la loi du régime, même si elles ont des incidences personnelles, de même que les effets personnels malgré leur éventuelle répercussion sur la situation patrimoniale, ressortissent à la loi personnelle des conjoints. Ce principe appliqué, par exemple, à l'institution des biens réservés aboutira à donner compétence à la loi du régime. Il en ira de même pour le mandat domestique en ce qui concerne du moins les rapports entre les deux époux, la protection des tiers nécessitant l'intervention de la loi territoriale. Mais l'obligation alimentaire entre époux qui n'est qu'une suite pécuniaire d'un large devoir moral de solidarité, dont elle ne doit pas être séparée, ressortit, d'après nous, à la loi personnelle. Nous pensons que la loi d'autonomie doit être compétente pour les contrats entre époux dans la mesure où ils sont soumis aux mêmes règles que les contrats ordinaires. Mais, pour les dispositions particulières, l'on s'interrogera sur le point de savoir si elles tendent à préserver la situation personnelle ou le statut patrimonial et l'on s'apercevra que très souvent elles empêchent de tourner le principe de l'immutabilité ou de la mutabilité limitée du régime matrimonial.

L'hypothèque légale des époux enfin pose un problème particulier. Nous estimons sans doute qu'elle doit être soumise à la loi du régime lorsqu'elle garantit des créances qui en sont nées. Mais il faut aussi tenir compte du fait qu'elle constitue un droit réel et affecte en conséquence l'organisation du régime foncier. La plupart des auteurs sont d'accord pour faire intervenir la loi réelle. Mais la mesure de cette intervention est difficile à fixer. Peut-être d'ailleurs n'est-ce qu'un faux problème. L'hypothèque est soumise à publicité. Or celle-ci se fait au lieu de situation de l'immeuble

selon les règles qui y ont cours. On peut donc penser que la *lex rei sitae* intervient seulement à titre de loi compétente en matière de publicité et non comme loi réelle.

280. Les effets personnels et le régime des biens ne sont pas les seules institutions par rapport auxquelles il est nécessaire de délimiter le domaine du régime matrimonial. D'autres problèmes de qualification se posent à propos des successions qui, avec le régime matrimonial, constituent le droit du patrimoine familial.

Il en est ainsi pour les donations entre époux. Nous nous écartons sur ce point de la jurisprudence la plus récente qui les soumet à la loi personnelle des conjoints (1). Nos raisons sont les mêmes que pour les autres contrats entre époux. Mais, à propos des donations, il convient, en outre, d'examiner l'éventuelle vocation de la loi successorale. En droit interne français, en effet, les donations entre époux, notamment en raison de leur révocabilité, s'apparentent plus aux legs qu'aux donations ordinaires. Mais c'est pour empêcher qu'elles modifient indirectement le régime matrimonial. Les règles particulières de ces donations doivent donc relever de la loi du régime. L'on vérifiera seulement qu'elles ne heurtent pas le statut des successions. L'institution contractuelle, cependant, parce qu'elle est un mode de dévolution de la succession, doit selon nous être régie par la loi successorale.

Le problème le plus épineux est celui que soulèvent les gains de survie. On ne peut pas toujours savoir si le conjoint survivant qui figure au nombre des successeurs, tient certains de ses droits du régime matrimonial ou de la succession. En principe, la gratuité caractérise les droits successoraux, mais il est parfois impossible de déceler si un avantage est gratuit ou onéreux. La jurisprudence dans le doute opte pour la qualification successorale qui lui permet de donner compétence à la loi du for. Mais la meilleure solution serait que tous les droits du conjoint survivant, même lorsque leur nature n'est pas douteuse, soient soumis à la même loi, car chaque législation, pour assurer une situation convenable au veuf et surtout à la veuve, compense l'insuffisance des avantages matrimoniaux par des droits successoraux plus importants ou inversement. Pour éviter une rupture de cet équilibre, il serait opportun qu'une seule loi régisse les gains de survie (2). Or il ne semble pas qu'on aille actuellement vers l'adoption des mêmes règles de rattachement pour le régime matrimonial et les successions. Mais il a été proposé de rattacher tous les droits du conjoint survivant à la loi du régime. Cette solution se justifie difficilement en théorie, mais elle serait sans doute la meilleure en pratique.

(1) Cf. Civ., 15 février 1966, D., 1966.370, note Ph. Malaurie ; *Gaz. Pal.*, 1966.18 mai.

(2) H. Batiffol, *Aspects philosophiques du Dr. Int. Pr.*, p. 24.

281. Etant donné les interférences du régime matrimonial avec les effets personnels du mariage, d'une part, et, d'autre part, avec le droit des successions, l'on aurait certes pu songer à une loi unique, compétente en tout ce qui concerne la famille. Mais le même rattachement ne conviendrait pas à des institutions très différentes, malgré tout, les unes des autres et ne répondrait pas au souhait de Savigny qui voulait « déterminer pour chaque rapport de droit le domaine du droit le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport » (1). La soumission des droits successoraux du conjoint survivant, non pas à la loi qui gouverne la succession, mais à la loi du régime et le choix pour cette dernière de critères de rattachement proches de ceux qui servent à déterminer la loi des effets personnels du mariage permettent d'éviter en partie les inconvénients qui résultent de l'existence de règles de conflits différentes.

(1) F. C. Savigny, tome 8, p. 30.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

OUVRAGES DES JURISCONSULTES D'ANCIEN DROIT

D'Argentré (B.). — *Commentarii in patrias Britonum leges*, Paris, 1628 (cité sous le nom de l'auteur).

Basnage (H.). — *Œuvres*, 2 vol., Rouen, 1778 (cité sous le nom de l'auteur).

Bouhier (J.). — *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne. Œuvres de jurisprudence*, tome premier, Dijon, 1787 (cité sous le nom de l'auteur).

Boullenois (L.). — *Traité de la personnalité et de la réalité des Lois, Coutumes et Statuts*, Paris, 1766, 2 vol. (cité sous le nom de l'auteur).

Brillon (P. J.). — *Dictionnaire des Arrêts*, 6 vol. Paris, 1727.

Dumoulin (Ch). — *Œuvres*, Paris, 1681 (cité sous le nom de l'auteur).

Duplessis (Cl). — *Œuvres*, Paris, 1728.

Froland (L.). — *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, 2. vol., Paris, 1729 (cité sous le nom de l'auteur).

Lebrun (D.). — *Traité de la Communauté*, Paris, 1754.
— *Traité des successions*, 2 vol., Paris, 1775.

Pothier (R. J.). — *Œuvres annotées et mise en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle par Bugnet*, 2e édition, Paris, 1861, 10 vol. (cité sous le nom de l'auteur).

Renusson (Ph. de). — *Œuvres*, Paris, 1780.

Stockmans (P.). — *Decisiones curiae Brabantiae*, Bruxelles, 1670 (cité sous le nom de l'auteur).

Van der Muelen — *Decisio brabantinae super famosissima quaestione*, 1695 (cité sous le nom de l'auteur).

Voët (J.). — *Commentarii ad Pandectas*, La Haye, 1698 (cité sous le nom de l'auteur).

Voët (P.). — *De statutis eorumque concursu*. La Haye, 1655 (cité sous le nom de l'auteur).

RÉPERTOIRES, TRAITÉS ET MANUELS DE DROIT PRIVÉ INTERNE.

Arminjon, Wolff et Nolde, *Traité de droit comparé*, 2e éd. (3 volumes).

Aubry (C.) et Rau (C.). — *Droit civil français*, 5e, 6e et 7e éditions, Librairies techniques (cité sous les noms des auteurs).

Baudry-Lacantinerie (G.). — *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3e édition, 29 vol., Sirey, 1906-1909 (cité sous le nom de l'auteur).

Bousquet (G.H.). — *Précis de droit musulman*, 3e édition, Alger.

Carbonnier (J.). — *Droit civil*, Collection « Thémis », P.U.F., 1re et 2e éditions, 1955, 1963 (cité : *Manuel*).

COLIN (A.) et CAPITANT (H.). — *Cours élémentaire de Droit civil français*, 3 vol., 9e édition par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Dalloz, 1945 (cité sous les noms des auteurs).

DEMOLOMBE (C.) — *Cours de Code Napoléon*, 2e édition, Paris (cité sous le nom de l'auteur).

DURANTON (A.). — *Cours de droit français suivant le Code civil*, 3e édition, Liège, Bruxelles, 1830 (cité sous le nom de l'auteur).

JAMBU-MERLIN (R.). — *Le droit privé en Tunisie*, Paris, 1960.

JOSSERAND (L.). — *Cours de droit civil positif français* 3 vol., Sirey, 1940 (cité : *Cours*).

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.). — *Droit civil*, Précis Dalloz, 3e édition, 1963, 4 tomes (cité : *Précis*).

LARCHER (E.). — *Traité élémentaire de législation algérienne*, 3e édition.

LAURENT (F.). — *Principes de droit civil français*, 33 tomes, Paris, Bruxelles, 1869-1878 (cité : *Droit civil français*).

MARCADÉ (V.). — *Cours élémentaire de droit civil français*, 4e édition, Paris, 1850.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.). — *Droit civil*, Sirey, 1956, (cité sous les noms des auteurs).

MAZEAUD (H., L. et J.). — *Leçons de droit civil*. 4 vol., Montchrestien, 1959-1963 (cité : *Leçons*).

MERLIN (P.A.). — *Recueil alphabétique de questions de droit*, 16 vol., 4e édition, Bruxelles 1830 (cité : *Questions*).

— *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. 36 vol., 5e édition, Bruxelles, 1828 (cité : *Répertoire*).

MILLIOT (L.). — *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, 1953.

MOURLON (F.). — *Répétitions écrites sur le Code civil*, 11e édition par Ch. DEMANGEAT, Paris, 1880.

PAGE (H. de). — *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2e édition, Bruxelles.

PLANIOL (M.). — *Traité élémentaire de droit civil*, 3e édition, L.G.D.J., 1948.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.). — *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol., 2e édition, Paris 1957 (cité sous les noms des auteurs).

PONT (P.). — *Explication du Code Napoléon*, 2e édition, 1868.

RIPERT (G.) et BOULANGER (J.). — *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*. 4 vol., L.G.D.J., 1956-1959 (cité sous les noms des auteurs).

ROGUIN (E.). — *Traité de droit civil comparé. Le régime matrimonial*. 1905.

SAVATIER (R.). — *Cours de droit civil*, 3 vol., L.D.G.J., 1945.

SAVIGNY (F.C.). — *Traité de droit romain* traduit par Guenoux, Paris, 1851 (cité sous le nom de l'auteur).

TOULLIER (C.B.M.). — *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 20 vol., 5e édition, Paris, 1839 (cité sous le nom de l'auteur).

TROPLONG (R. T.). — *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code*, 2e édition, Paris, 1851, (cité sous le nom de l'auteur).

TRAITÉS, MANUELS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

AMERICAN LAW INSTITUTE. — *Exposé de droit international privé américain présenté en forme de Code* (*Restatement on the law of conflict of laws*) traduit et annoté sous la direction de J. P. NIBOYET par P. WIGNY et W. J. BROCKELBANK, Sirey (cité : *Restatement*).

ARMINJON (P.). — *Précis de droit international privé*, 3 vol., 2e et 3e éditions, Dalloz, 1927, 1947 (cité : *Précis*).

ASSER (T.M.C.). — *Eléments de droit international privé*, traduit par A. RIVIER, Rousseau, 1884 (cité : *Eléments*).

AUDINET (E.). — *Principes élémentaires de droit international privé*, 2e édition.

BARTIN (E.). — *Principes de droit international privé*, 3 vol., Domat-Montchrestien, 1932-1935 (cité : *Principes*).

BATIFFOL (H.). — *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e édition, L.G.D.J., 1959 (cité : *Traité*).

BROCHER (Ch.). — *Nouveau Traité de droit international privé*, 9 vol., Paris, Genève, 1876.

CHESHIRE (G.C.). — *Private International Law*, 5e et 6e éditions, Oxford, 1957, 1961.

DELAUME (G.). — *Bilateral Studies American-French Private International Law. Parker School of Foreign and Comparative Law*, 2e édition, New York, 1961.

DESPAGNET (F.). — *Précis de droit international privé*, 5e édition par Ch. de Boeck, Sirey, 1909 (cité : *Précis*).

DURAND (L.). — *Essai de droit international privé*. Paris, 1884.

FEDOZZI. — *Diritto internationale privato*, 1935.

FOELIX. — *Traité de droit international privé*, 2 vol., 3e édition par Ch. DEMANGEAT, Paris, 1856 (cité sous le nom de l'auteur).

KÖHLER (H.). — *Internationales Privatrecht*. Wien, 1962.

LAINÉ (A.). — *Introduction au droit international privé*, 2 vol., Paris, 1888-1892.

LAURENT (F.). — *Droit civil international*, 8 vol., Bruxelles, Paris, 1880 (cité sous le nom de l'auteur).

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.). — *Précis de droit international privé*, 8e édition par Y. LOUSSOUARN, Dalloz, 1962 (cité : *Précis*).

MAILHER DU CHASSAT (A.). — *Traité des statuts*.

NIBOYET (J. P.). — *Manuel de droit international privé*, 2e édition, 1928 (cité : *Manuel*).

— *Traité de droit international privé français*, 6 vol., Sirey, 1938, 1948 (cité : *Traité*).

PILLET (A.). — *Principes de droit international privé*, Paris, Grenoble, 1903 (cité : *Principes*).

— *Traité pratique de droit international privé*, 2 vol., Paris, Grenoble, 1923 (cité : *Traité*).

POULLET (P.). — *Manuel de droit international privé belge*, Bruxelles, 1945.

RAAPE (L.). — *Internationales Privatrecht*, 5e édition, Berlin, Francfort, 1961.

ROLIN (A.). — *Principes de droit international privé et applications aux diverses matières du Code civil*, 3 vol., Paris, 1897 (cité : *Principes*).

SIMON-DEPITRE (M.). — *Droit international privé*, collection A. Colin, 1964.

STORY (J.). — *Commentaries on the conflict of laws*, 6e édition, Boston, 1865 (cité : *Conflict of Laws*).

SURVILLE (F.). — *Cours élémentaire de droit international privé*, 7e édition, Rousseau, 1925 (cité : *Cours*).

VALÉRY (J.). — *Manuel de droit international privé*, Paris, 1914 (cité : *Manuel*).

VAREILLES-SOMMIERES (le Comte de). — *La synthèse du droit international privé*, 2 vol., 1897 (cité sous le nom de l'auteur).

WEISS (A.). — *Manuel de droit international privé*, 6e édition, Sirey, 1909 (cité : *Manuel*).

— *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e édition, Sirey, 1907, 1913 (cité sous le nom de l'auteur).

WESTLAKE (J.). — *Traité de droit international privé*. Traduit sur la 5e édition (1912) par P. GOULÉ, Sirey, 1914 (cité sous le nom de l'auteur).

WIGNY (P.). — *Essai sur le droit international privé américain*, Sirey, 1932.

RECUEILS DE TEXTES.

MAKAROV (A. N.). — *Quellen des Internationalen Privatrechts*, Berlin, Tübingen, 1953-1960, édition en allemand et en français avec mise à jour périodique.

WEHBERG (H.). — *Institut de droit international. Tableau général des Résolutions* 1873-1956, Bâle, 1957.

LA CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. — Discussion de l'avant-projet de la Commission de réforme du Code civil. Comité français de Droit international privé, Dalloz, 1956 (cité : La *Codification du Droit international privé*).

OUVRAGES SPÉCIAUX

ALFANDARI. — *Le droit aux aliments en droit privé et en droit public*, thèse, Poitiers, 1958.

BARILLIET. — *Du conflit de la loi française avec les lois étrangères résultant de l'absence de stipulations relatives au régime des biens entre époux*, Genève, 1861.

BATEMAN (H.). — *La détermination de la loi applicable au régime matrimonial*, thèse, Lille, 1938.

BATIFFOL (H.). — *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, thèse, Paris, 1929.
— *Les conflits de lois en matière de contrats*, Sirey, 1938.
— *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956.

BAYSSAT (F.). — *Du contrat de mariage en droit international privé*, thèse, Poitiers, 1887.

BISCHOFF (J.-M.). — *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, L.G.D.J., 1959.

BERGMANN (A.). — *Internationales Ehe-und Kinschaftsrecht*. Francfort (3 vol. avec mise à jour).

BOULANGER (F.). — *Etude comparative du droit international des successions en France et en Allemagne*. L.G.D.J., 1964.

BONNECASE (J.). — *Science et tradition en droit civil. A propos de la thèse de M. Carbonnier*, Bordeaux, 1932.

BOUTARD (J.). — *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*. Thèse, Caen, 1945 ; Rouseau, 1947.

CALEB (M.). — *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, thèse, Strasbourg, 1927, Sirey.

CARBONNIER (J.). — *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*. thèse, Bordeaux, 1932.

CHAVRIER D'HOSTES (C.). — *Les conventions bilatérales franco-italiennes*, Paris, 1959.

COILLIOT (L.). — *L'hypothèque de la femme étrangère*, thèse, Lille, 1939.

CONGRÈS DE L'UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT LATIN (7e). — *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé. Etude des solutions en vigueur dans les six pays du Marché commun*, Bruxelles, 1963 (cité : *Notariat Latin*).

CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE (58e). — *Conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux et de successions*, Nice, 1960 (cité : *Congrès des Notaires*).

DELAUME (G.). — *Les conflits de lois à la veille du Code civil. Contribution à l'histoire du droit international privé français*, Sirey, 1947 (cité sous le nom de l'auteur).

DONNEDIEU DE VABRES (J.). — *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois depuis le début du XX^e siècle*, Sirey, 1938.

DREYFUS (G.). — *L'acte juridique en droit privé international*, thèse, Paris, 1904.

DUHAUT (H.). — *De la règle* locus regit actum, thèse, Nancy, 1882.

ENAULT (E.). — *Du régime matrimonial des époux mariés sans contrat en droit international privé*, thèse, Paris, 1891.

FOYER (J.). — *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, Dalloz, 1965.

FRANCESCAKIS (Ph). — *La théorie du renvoi*, Sirey, 1958.

GAMILLSCHEG (F.). — *Der Einfluss Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*. Berlin, 1955.

GAVALDA (Chr). — *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Sirey, 1955.

GIDE (P.). — *Etude sur la condition privée de la femme*, Paris, 1885.
— *Du caractère de la dot en droit romain*, Paris, 1872.

GOUNOT (E.). — *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Dijon, Rousseau, 1912.

GUILLOUARD (L.). — *Traité du contrat de mariage*, 3^e édition, Paris, 1894.

HAMIAUT (M.). — *La réforme des régimes matrimoniaux*, Dalloz, 1965.

HUET (A.). — *Les conflits de lois en matière de preuve*, Dalloz, 1965.

INSTITUT DE DROIT COMPARÉ DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS. — *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, Sous la direction de A. Rouast, Editions de l'Epargne, Paris, 1957.

JULIEN (P.). — *Les contrats entre époux*, L.G.D.J., 1962.

LABRUSSE-RIOU (C.). — *L'égalité des époux en droit allemand*, L.G.D.J., 1965.

LEFEBVRE (Ch.). — *Le droit des gens mariés*, cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français, Sirey, 1908.

LEMARIGNIER (B.). — *La Conférence des Avocats et les conflits de statuts concernant les effets du mariage au début du XVIII^e siècle*, Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, 1961.

LE NORMAND. — *De l'immutabilité des conventions matrimoniales. Etude de droit international privé*, thèse, Rennes, 1898.

NEPVEU. — *Du régime des biens entre époux au point de vue du droit international privé*, thèse, Paris-Angers, 1883.

NERSON (R.). — *Les droits extra-patrimoniaux*, L.G.D.J., 1939.

OLIVE (L.). — *Etude sur le principe de l'autonomie en droit international privé*, thèse, Bordeaux-Paris, 1899.

OLIVIER-MARTIN (F.). — *Histoire de la coutume de Prévôté et du Vicomté de Paris*, Paris, 1922-1930.

OLLIER (P.). — *De la liberté pour les futurs époux de fixer leur régime matrimonial dans l'ancien droit coutumier*, thèse, Paris, 1902.

PALLAMARY (M.A.G.). — *Des conflits de législations relatifs aux conventions matrimoniales*, thèse, Paris, 1884.

PELISSIER (J.). — *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, L.G.D.J., 1961.

POLLIS (G.). — *Du régime matrimonial des époux mariés sans contrat en droit international*, Lausanne, 1893.

RENARD (Cl.). — *Le régime matrimonial de droit commun*, Bruxelles, 1960.

REVILLARD-CUILLERET (M.-L.). — *Les contrats entre époux en droit international privé*, thèse dactylographiée, Lyon, 1964.

RICAUD (N.). — *Des régimes matrimoniaux au point de vue du droit international privé*, thèse, Paris, 1886.

RIGAUX (F.). — *La théorie des qualifications en droit international privé*, L.G.D.J. 1956 (cité : *La théorie des qualifications*).

REICHARD (D.). — *Le principe d'efficacité en droit international privé comparé*, thèse, Strasbourg, 1966 (dactyl.).

RODIÈRE (A.). — *Les grands jurisconsultes*, Toulouse, 1874.

ROUBIER (P.). — *Le droit transitoire*, 2e édition, Dalloz, 1960.

ROUGELOT DE LIONCOURT. — *Conflit des lois personnelles françaises et étrangères*. Paris, 1883.

SAVATIER (R.). — *Le droit, l'amour et la liberté*, 2e édition, Paris, 1963.

SILZ (E.). — *Définition de la forme des actes au point de vue de l'application de la règle locus regit actum en droit international privé*. thèse, Paris, 1929.

SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE. — *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, Sirey, 1954.

SOCIÉTÉ JEAN BODIN. — *La femme*, Bruxelles, 1962.

SOUBRIER (D.). — *L'interdépendance des obligations réciproques d'ordre personnel et d'ordre patrimonial issues du mariage*, thèse, Paris. Montchrestien, 1956.

SPITERI (P.). — *L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal (Etude de réforme législative)*, L.G.D.J., 1964.

TESSIER (H.). — *Traité de la dot*, Paris, 1835.

TISON. — *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit*, thèse, 1931.

VACHERON. — *Le régime matrimonial des époux mariés sans contrat en droit international privé*, thèse, Paris, 1914.

VANDER ELST (R.). — *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, Bruxelles, 1956.

VIDAL (J.). — *Essai d'une théorie générale de la fraude*, Dalloz, 1957.

ZAGOURI (A.). — *Du mariage en droit hébraïque*, 1960.

ARTICLES ET CHRONIQUES

ALEXANDRE (D.). — « La mutabilité des conventions matrimoniales », Rapport dactylographié, Faculté de Droit Strasbourg, 1960-1961.

ANONYME. — « La dénonciation des Conventions de La Haye du 12 juin 1902 », *Revue*, 1914.364.

— « La dénonciation des Conventions de La Haye du 17 juillet 1905 », *Revue*, 1917.171.

ARMINJON (P.). — « Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois et de juridictions auxquels ils donnent lieu », *Recueil*, n° 74, 1949.I.79.

AUBRY (J.). — « Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé », *Clunet*, 1896.465.

AUDINET (E.). — « Le régime matrimonial et le contrat de mariage d'après la Convention de La Haye », *Revue*, 1910.289.

— « Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage », *Recueil*, n° 44,, 1932.II.287.

BARTIN (E.). — « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *Clunet*, 1897.225.

BASTIAN (D.) et WEILL (A.). — « Une tentative d'unification législative entre le droit français et le droit local d'Alsace et de Lorraine : le registre matrimonial ». *Etudes juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1965, p. 23.

BATIFFOL (H.). — « Chronique de jurisprudence française, conflits de lois », *Revue*, 1934.607.

— « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », *Festschrift für Hans Lewald*, Bâle, 1953, p. 219.
— « L'hypothèque légale de la femme mariée en France et le droit international privé » *Festschrift für E. Rabel.* Tübingen, 1954, tome I, p. 591.
— « Réflexions sur la loi applicable aux successions ». *Festgabe für A.N. Makarov.* Tübingen et Berlin, 1950, p. 297.
— « Principes de droit international privé », *Recueil*, n° 97, 1959.II.435.
— « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats » *Mélanges Maury*, Dalloz, 1960, tome I, p. 39.

Beauchet (L.). — « Observation sur la rédaction des conventions matrimoniales entre étrangers se mariant en France », *Clunet*, 1884.39.

Berr (Cl.-J.) — « Les relations patrimoniales entre époux en droit international privé », *Clunet*, 1965.304.

Bischoff (J.-M.) — « Les Conventions de La Haye en matière d'obligation alimentaire », *Clunet*, 1964.759.

Cachard (H.). — « Du régime matrimonial applicable à l'union célébrée en France sans contrat nuptial entre un Américain et une Française », *Clunet*, 1885.280.

Caleb (M.). — « Communauté conjugale », *Répertoire.*

Champcommunal (J.). — « Un conflit de lois à l'ordre du jour : le ménage à nationalités différentes », *Revue*, 1929.1.

Cansacchi (G.). — « Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois », *Recueil*, n° 83, 1953.II.81.

Chausse (A.). — « Du rôle international du domicile », *Clunet*, 1897.1.

Cheshire (G.C.). — *The English Private International Law of Husband an Wife*, *Recueil*, n° 108, 1963.I p. 119.

Cornu (G.). — « Le contrat entre époux. Recherche d'un critère général de validité », *Rev. trim. dr. civ.*, 1953.461.
— « La réforme des régimes matrimoniaux », *J.C.P.*, 1966.I.1968.

Dayant (R.). — « Contrats. Théorie générale. Domaine de la loi d'autonomie », *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 552-D.

Deloynes (P.). — « Femme mariée sous le régime dotal », *Rev. crit. législ. jurisp.*, 1882.541.

Demolombe (Ch.). — « Constitution de dot. Biens à venir », *Rev. crit. législ. jurisp.*, 1835.282.

De Nova (R.). — « Les systèmes juridiques complexes en droit international privé », *Revue*, 1955.1.

Deprez (J.). — « Les conflits de lois en matière d'obligation alimentaire », *Revue*, 1957.369.

Derruppe (J.). — « Sûretés personnelles et réelles », *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 555.

Desiry (R.). — « Le régime matrimonial », *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 556.

Diena (G.). — « La conception du droit international privé, d'après la doctrine et la pratique en Italie », *Recueil*, n° 17, 1927.II.343.

Droz (G.). — « Observations sur quelques problèmes de conflits de lois en matière de successions et de régimes matrimoniaux » *J. Not.*, 1961.48 et 81.
— « Entrée en vigueur de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », *Revue*, 1964.663.

Esmein (P.). — « Les principales innovations dans le droit des gens mariés par la loi du 13 juillet 1965 », *Gaz. Pal*, 1965, 6 au 9 novembre.

Esperson (E.). — « Le droit international privé dans la législation italienne », *Clunet*, 1879.329 ; 1880.245 et 337 ; 1881.206.

Féraud-Giraud — « De la compétence des tribunaux français pour connaître des contestations entre époux étrangers », *Clunet*, 1885.225 et 375.

FRANCESCAKIS (Ph.). — « Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel », *Comité Dr. Int. Pr.*, 1965.291.
— « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue*, 1966.1 et s.

GAVALDA (Chr.). — « Remarques sur l'arrêt Rivière », *Comité de Dr. Int. Pr.*, 14e et 15e années, p. 115.

HÉMARD (J.). — « Les contrats à titre onéreux entre époux », *Rev. trim. dr. civ.*, 1938.671.

HOUIN (R.). — « Les incapacités », *Rev. trim. dr. civ.*, 1947.383.

JACQUEY (J.). — « Du régime matrimonial des Israélites non citoyens français et en particulier des Israélites marocains en Algérie », *Revue alg. et tunis.*, 1886.75.

JAY (R.). — « De l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit international », *Clunet*, 1885.527.

KEGEL (G.). — « La réforme du droit international du mariage en Allemagne », *Revue*, 1962.641.

LAINÉ (A.). — « La Conférence de La Haye relative au droit international privé », *Clunet*, 1907-897.

LALOU (H.). — « Des contrats entre époux », *Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Dalloz, 1938, p. 417.

LE MOAL (R.). — « Vœux du 7e Congrès de l'Union Internationale du Notariat Latin », *Clunet*, 1965.81.

LEPAULLE (P.). — « De la validité des trusts en France », *Revue*, 1927.309.

LISBONNE (J.). — « Le régime matrimonial des étrangers mariés sans contrat », *Clunet*, 1935.726.

LOUIS-LUCAS (P.). — « La liberté contractuelle en droit international privé français », *Mélanges Dabin*, 1963, tome II, p. 743.
— « Les principes directeurs posés par le projet de codification du droit international privé français », *Revue*, 1951.609.

LOUSSOUARN (Y.). — « Donations et testaments », *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 557.3.
— « Nationalité des sociétés », *J.-Cl. Soc., Traité*, fasc. 29.

MAKAROV (A.N.). — « Conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique russes », *Recueil*, n° 35, 1931.I.473.

MALAURIE (P.). — « Vente », *Encycl. D. Rép. Dr. civ.*
— « L'équivalence en droit international privé », D., 1962, chron. 215.

MANCINI (P.S.). — « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les Etats les règles générales du droit international privé », *Clunet*, 1874.221 et 285.

MAZAS (P.). — « De la combinaison entre la théorie du renvoi et celle de l'autonomie à propos du régime matrimonial des époux mariés sans contrats », *Clunet*, 1907.603.

MAURY (J.). — « Règles générales de conflits de lois », *Recueil*, n° 57, 1936.III. 325.

MAZEAUD (H.). — « Une famille sans chef », D., 1951, chron. 141.
— « La communauté réduite au bon vouloir de chacun des époux », D., 1965, chron. 91.

MEIJERS (E.M.). — « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé », *Recueil*, n° 49, 1934.III.543.

MISSIR (P.). — « La quatrième Conférence de droit international privé de La Haye », *Revue*, 1906.49.

MONGIN (M.). — « Du caractère de l'inaliénabilité dotale », *Rev. crit. législ. jurisp.*, 1886.92.

NAST (M.). — « Aliments ». Répertoire de droit international Lapradelle et Niboyet.

NIBOYET (J.P.). — « La théorie de l'autonomie de la volonté » *Recueil*, n° 16, 1927.I.1.
— « Des modifications à apporter au statut des Français en pays étranger et des étrangers en France », *Revue*, 1929.193.

PALLU DE LESSERT (P.). — « Réforme des régimes matrimoniaux. Commentaire de la loi du 13 juillet 1965 », *J. Not.*, 1965.47601.

PILLET (A.). — « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Clunet*, 1894.417 et 711 ; 1895.241 et 500 ; 1896.5.
— « Le régime légal des étrangers en France et des Français mariés à l'étranger », Rapport présenté à la Société d'études Législatives. Soc. Et. Légis. 1909.449 ; *Revue*, 1909.683 ; *Mélanges A. Pillet*, Sirey, 1929, tome II, p. 91.
— « De l'ordre public en droit international », *Mélanges A. Pillet*, Sirey, 1929, tome I, p. 407.

PONSARD (A.). — « Effets personnels du mariage » *J.-Cl. Dr. Int.*, fasc. 546-D.

RAISON (A.). — « Avant la réforme des régimes matrimoniaux. Résultats de l'enquête ordonnée par le Ministère de la Justice. Ses enseignements ».. *J. Not.*, 1965.390, n° 47 496.

RENAULT (L.). — « De la succession *ab intestat* des étrangers en France et des Français à l'étranger », *Clunet*, 1875.239 et 422.
— « Droit International (Décisions de 1882) », *Rev. crit. législ. jurisp.*, 1883.705.

RICARD (E.). — « Régime matrimonial. Mariage contracté à l'étranger. Epoux étrangers », *Clunet*, 1912.1104.

ROLIN (A.). — Rapport, *Ann. Inst. Dr. Int.*, 33.II.875.

SARRAUTE (R.). — « Droit International 1955 », *Gaz. Pal.*, 1956.I., doctr. 1.

SAVATIER (R.). — « La finance ou la gloire : option pour la femme mariée ? » D., 1965, chron. 136.

SCHNITZER (A.). — « La loi applicable aux contrats », *Revue*, 1955.459.
— « Le *trust* et la fondation dans les conflits de lois », *Revue*, 1965.479.

SEBAG (L.). — « La méthode quantitative en Droit civil et la réforme des régimes matrimoniaux », D., 1963, chron. 205.

SIREY (J. B.). — Consultation, S., 1817.217.

SOLUS (H.). — « Le problème de la dot en Afrique Noire », *Rev. jur. et pol. de l'Un. Franç.*, 1950.453.

SURVILLE (F.). — « Du rôle de la volonté dans la solution des questions de droit international privé que soulève le contrat de mariage », *Rev. crit. législ. jurisp.*, 1888.159 et 241.

TUNC (A.). — « Convention de La Haye du 1er juillet 1964 portant la loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels », *Rev. int dr. comp.*, 1964.547.

VALLADÃO (H.). — « Conséquences de la différence de nationalité ou de domicile des époux sur les effets et la dissolution du mariage », *Recueil*, n° 105, 1962.I.69.

VAN DER WIELE (I.). — « Les systèmes familiaux et matrimoniaux au sein des sociétés négro-africaines », *Rev. jur. et pol. d'Outre-Mer*, 1963.429.

VOIRIN (P.). — « Donations mutuelles entre époux et clauses de réversibilité (loi du 6 novembre 1963) », *J.C.P.*, 1963.I.1809.

WEILL (A.). — « Communauté », *Encycl. D. Rép. Dr. civ.*
— « Communauté conventionnelle », *Encycl. D. Rép. Dr. civ.*
— « Mariage », *Encycl. D. Rép. Dr. civ.*
— « Régimes matrimoniaux », *Encycl. D. Rép. Dr. civ.*
— « Les conventions de La Haye sur la vente à caractère international d'objets mobiliers corporels », Communication. *Comité de Dr. Int. pr.*, 1958-1959, p. 37.
— Cf. BASTIAN (D.).

WEILLER (D.). — « Communauté conventionnelle. Généralités. Liberté des conventions matrimoniales et ses limites », *J.-Cl. Dr. civ.*, art. 1527.1528.

ZOEGGER. — « Aspects du problème de la dot dans le Sud-Cameroun », *Rev. jur. et pol. de l'Un. franç.*, 1958.170.

OBSERVATIONS, NOTES DE JURISPRUDENCE, RAPPORTS, CONCLUSIONS

APPERT (G.). — Note sous Req., 18 juillet 1905, S., 1909.I.97.

ATTULY (M.). — Rapport sous Civ., 11 mai 1954, *Rev. jur. et pol. de l'Un. Franç.*, 1954.419.

AUDINET (E.). — Note sous Alger, 2 mai 1898, S., 1900.II.257.

BARTIN (E.). — Note sous Bordeaux, 23 juillet 1897, D., 1901.II.266.
— Note sous Alger, 2 mai 1898, D.P., 1898.II.455.

BASDEVANT (J.). — Note sous Req., 4 juin 1935, *Revue*, 1936.755.

BATIFFOL (H.). — Note sous Req., 15 mars 1933, S., 1934.I.393.
— Note sous Req., 25 janvier 1938, *Revue*, 1938.479.
— Note sous Civ., 8 novembre 1943, *Revue*, 1946.273.
— Note sous La Réunion, 28 juillet 1950, *Revue*, 1951.298.
— Note sous Com., 29 janvier 1951, *Revue*, 1952.484.
— Note sous Civ., 5 mai 1953, *Revue*, 1953.799.
— Note sous Orléans, 11 janvier 1954, *Revue*, 1955.313.
— Note sous Bruxelles, 24 mai 1954, *Revue*, 1955.701.
— Note sous Paris, 2 juillet 1954, *Revue*, 1954.810.
— Note sous Civ., 4 janvier 1956, *Revue*, 1956.99.
— note sous Civ., 6 mars 1956, D., 1958.709.
— note sous Haute Cour de Justice d'Angleterre, 6 juin 1956, *Revue*, 1957.78.
— Note sous Civ., 25 juin 1957, *Revue*, 1957.680.
— Note sous Paris, 6 mars 1958, *Revue*, 1959.108.
— Note sous Civ., 22 avril 1958, *Revue*, 1958.347.
— Note sous Trib. Seine, 16 mai 1960, *Revue*, 1961.554.
— Note sous Civ., 7 novembre 1961, *Revue*, 1962.681.
— Note sous Trib. Seine, 12 juillet 1962, *Revue*, 1962.650.
— Note sous Trib. Seine, 12 juin 1963, *Revue*, 1964.689.
— Note sous Paris, 4 juillet 1963, *Revue*, 1963.772.

BEAUCHET (L.). — Note sous Douai, 13 janvier 1887, *Gaz. Pal.*, 1887.I.259.

BELLET (P.). — Note sous Trib. Seine, 6 mars 1957, *J.C.P.*, 1957.II.10212.
— Note sous Trib. Seine, 17 octobre 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9688.

BRACHET. — Conclusions sous Trib. Seine, 30 avril 1930, *Revue*, 1930.461.
— Conclusions sous Trib. Versailles, 19 mai 1924, *Gaz. Pal.*, 1924.II.205.

CALEB (M.). — Note sous Besançon, 28 juillet 1930, *Revue*, 1931.125.

CARATINI (M.). — Note sous Civ., 11 mai 1954, *Rev. jur. et pol. de l'Un. Franç.*, 1954.419.

CHAUVEAU (P.). — Note sous Pau, 17 novembre 1932, D.P., 1932.II.161.

COMBALDIEU. — Conclusions sous Paris, 16 décembre 1959, *J.C.P.*, 1960.II. 11460.
— Conclusions sous Paris, 1er juillet 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11 214.

DE BOECK (Ch.). — Note sous Douai, 13 janvier 1887, D.P., 1887.II.121.
— Note sous Trib. Seine, 5 avril 1887, D.P., 1888.II.265.
— Note sous Besançon, 13 mars 1895, D.P., 1895.II.529.

DECROUX (P.). — Observations sous Rabat, 13 janvier 1960, *Clunet*, 1961.524.

DEGAND (H.). — Note sous Colmar, 19 février 1949, *Rev. jur. Als. Lor.*, 1949. 313.

Delaume (G.). — Note sous Aix, 21 mars 1950, *J.C.P.*, 1950.II.5673.
— Note sous Com., 29 janvier 1951, *J.C.P.*, 1951.II.6352.

Demante (G.). — Note sous Req., 15 juillet 1885, S., 1886.225.

Demey (J.). — Note sous Trib. Grenoble, 28 avril 1953, *J. Not*, 1954.451.

Desbois (H.). — Note sous Colmar, 28 mars 1928, D., 1929.II.84.

Droz (G.). — Note sous Trib. Metz, 29 octobre 1963, *Revue*, 1964.336.

Faure-Biguet. — Rapport sous Civ., 19 décembre 1892, D.P., 1893.I.89.

Feuilloley. — Conclusions sous Req., 27 janvier 1903, *Clunet*, 1903.623.
— Note sous Paris, 26 juillet 1910, D.P., 1912.II.25.

Francescakis (Ph). — Note sous Rabat, 24 octobre 1950, *Revue*, 1952.89.
— Note sous Paris, 7 juillet 1954 (Patino), *Revue*, 1954.569.
— Note sous Trib. Nantes, 22 février 1955, *Revue*, 1955.710.
— Note sous Civ., 6 mars 1956, *Revue*, 1956.305.
— Note sous Trib. Versailles, 2 février 1960, *Revue*, 1960.370.

Gavalda (Chr). — Note sous Trib. Seine, 10 octobre 1952, *Revue*, 1954.157.

G. H. — Note sous Trib. Seine, 22 décembre 1948, *Revue*, 1949.100.
— Note sous Civ., 8 janvier 1963, *Revue*, 1963.109.

Goldman (B.). — Note sous Paris, 15 février 1950, *Clunet*, 1951.190.
— Note sous Rabat, 24 octobre 1950, *Clunet*, 1951.894.
— Note sous Com., 29 janvier 1951, *Clunet*, 1951.888.

Hamel (J.). — Note sous Civ., 21 juin 1950, D., 1951.749.

Jambu-Merlin (R.). — Note sous Civ., 28 janvier 1958, *Revue*, 1958.110.
— Note sous Paris, 16 juin 1959, *Revue*, 1960.72.

Labbé (J. E.). — Note sous Req., 20 février 1882, S., 1882.1.145.

Lagarde (P.). — Note sous Civ., 15 mai 1963, *Revue*, 1964.506.

La Marnierre (E. S. de). — Note sous Paris, 26 février 1964, D., 1965.26.

Lampué (P.). — Note sous Civ., 23 décembre 1954, *Rev. jur. et pol. de l'Un. Franç.*, 1956.701.

Le Bris (R.F.). — Note sous Paris, 26 février 1964, *Revue*, 1965.334.

Lemaire. — Rapport sous Req., 27 janvier 1903, D., 1903.24.

Lenoan (R.). — Note sous Civ., 28 janvier 1958, D., 1958.265.

Lerebours-Pigeonnière (P.). — Note sous Civ., 18 décembre 1951, D., 1952.357.

Levy (J. Ph.). — Note sous Civ., 21 juin 1950, *J,C.P.*, 1950.II.5812.

Lipstein (K.). — Note sous Haute Cour de justice d'Angleterre, 6 juin 1956, *Clunet*, 1961.1153.

Louis-Lucas (P.). — Note sous Civ., 28 janvier 1958, *J.C.P.*, 1958.II.10488.

Loussouarn (Y.). — Note sous Paris, 15 février 1950, *Revue*, 1950.420.
— Note sous Aix, 21 mars 1950, *Revue*, 1951.289.
— Observations sous Civ., 27 juin 1950, *Rev. trim. dr. com.*, 1950.694.
— Note sous Trib. Lyon, 26 décembre 1950, *Revue*, 1951.510.
— Note sous Aix, 28 mai 1951, *Revue*, 1952.515.
— Note sous Trib. Colmar, 12 juin 1951, *Revue*, 1952.315.
— Note sous Paris, 22 juin 1953, *Revue*, 1954.788.
— Note sous Aix, 22 mars 1955, *Revue*, 1956.274.
— Note sous Trib. Seine, 17 janvier 1963, *Revue*, 1963.793.

Lyon-Caen (Ch.). — Note sous Paris, 17 novembre 1875, S., 1876.II.65.
— Note sous Civ., 5 décembre 1910, S., 1911.I.129.

Lyon-Caen. — Conclusions sous Paris, 7 juillet 1928, *Clunet*, 1932.373.

M. A. — Note sous Civ., 23 décembre 1954, *Rev. jur. et pol. de l'Un. Franç.*, 1955.429.

Mailhol. — Conclusions sous Paris, 26 février 1964, *Gaz. Pal.*, 1964.1.320.

MALAURIE (P.). — Note sous Civ., 8 janvier 1963, D., 1963.341.
— Note sous Paris, 1er juillet 1959, D., 1959.455.
— Note sous Civ., 15 mai 1963, *Clunet*, 1963.996.
— Note sous Civ., 15 février 1966, D., 1966.370.

MAZET. — Conclusions sous Trib. Seine, 17 octobre 1956 ; *Gaz. Pal.*, 1957.I.42.

MICHEL. — Conclusions sous Trib. Seine, 16 juillet 1910, *Revue*, 1911.379.

MIHURA (J.). — Note sous Aix, 21 avril 1926, *J.C.P.*, 1927.113.

MONNEREY (H.). — Note sous Civ., 27 juin 1950, *Revue*, 1951.277.

MORRIS (J.H.C.). — Note sous Haute Cour de Justice d'Angleterre, 6 juin 1956, *Revue*, 1957.78.

MOTULSKY (H.). — Note sous Civ., 15 mai 1963, *J.C.P.*, 1963.II.13366.
— Note sous Civ., 24 avril 1952, *Revue*, 1952.502.

NAQUET (E.). — Note sous Civ., 26 juillet 1899, S., 1900.321.

NAST (M.). — Note sous Trib. Strasbourg, 15 octobre 1923, D.P., 1924.II.41.
— Note sous Trib. Strasbourg, 27 mars 1925, *Clunet*, 1925.1039.
— Note sous Trib. Strasbourg, 24 juillet 1935, *Clunet*, 1937.320.

NIBOYET (J. P.). — Note sous Civ., 17 novembre 1924, S., 1925.I.113.
— Note sous Lyon, 24 avril 1929, S., 1931.II.25.
— Note sous Civ., 31 mai 1932, S., 1933.I.17.
— Note sous Trib. Seine, 11 mai 1933, *Revue*, 1934.129.
— Note sous Req., 7 novembre 1933, *Revue*, 1934.440.
— Note sous Req., 4 juin 1935, S., 1936.I.377.
— Note sous Civ., 21 juin 1950, D., 1951.I.1.

PARIGOT. — Conclusions sous Trib. Seine, 22 décembre 1926, *Revue*, 1927.70.

PERROUD (J.). — Note sous Trib. Seine, 10 décembre 1908, *Clunet*, 1909.1090.
— Note sous Pau, 17 novembre 1932, *Clunet*, 1935.95.

PILLET (A.). — Note sous Paris, 25 novembre 1891, S., 1896.II.273.
— Note sous Paris, 27 mai 1892, S., 1896.II.73.
— Note sous Civ., 19 décembre 1892, S., 1893.I.369.
— Note sous Req., 27 janvier 1903, S., 1904.I.81.

PILON. — Rapport sous Req., 4 juin 1935, D.P., 1936.7., S., 1946.I.377, *Revue*, 1936.755.

POMONTI. — Conclusions sous Trib. Seine, 9 mai 1931, *Revue*, 1932.134.

PONSARD (A.). — Note sous Paris, 2 juillet 1954, *Clunet*, 1955.142.
— Note sous Trib. Seine, 6 mars 1957, *Clunet*, 1957.744.
— Note sous Civ., 28 janvier 1958, *Clunet*, 1958.776.
— Note sous Paris, 1er juillet 1959, *Clunet*, 1960.428.

PONSARD (A.). — Note sous Trib. Seine, 12 juin 1963, *Clunet*, 1964.285.
— Note sous Paris, 4 juillet 1963, *Clunet*, 1964.65.
— Note sous Paris, 26 février 1964, *Clunet*, 1964.576.

RAYNAL (de). — Conclusions sous Civ., 20 mai 1862, D., 1862.201.

RENAULT (L.). — Note sous Civ., 4 avril 1881, S., 1883.I.65.
— Note sous Civ., 2 avril 1884, S., 1884.I.227.

ROBERT (A.). — Note sous Civ., 23 décembre 1954, *Penant*, 1956.127.

RYZIGER (P. F.). — Note sous Civ., 4 janvier 1956, *Clunet*, 1956.156.

SAVATIER. — Note sous Req., 4 juin 1935, D.P., 1936.I.7.
— Note sous Civ., 8 novembre 1943, D.C., 1944.I.65.
— Note sous Civ., 8 novembre 1943, D.C., 1944.I.65.
— Note sous Paris, 15 février 1950, *J.C.P.*, 1950.II.5578.
— Note sous Trib. Nantes, 22 février 1955, *J.C.P.*, 1955.8586.

SIALELLI (J. B). — Observations sous Civ., 5 mai 1953, *Clunet*, 1953.658.
— Note sous Paris, 22 juin 1953, *J.C.P.*, 1954.II.8161.
— Observations sous Orléans, 11 janvier 1954, *Clunet*, 1954.788.
— Observations sous Trib. Nantes, 22 février 1955, *Clunet*, 1955.682.

— Observations sous Douai, 7 juin 1955, *Clunet*, 1956.680.
— Observations sous Civ., 16 décembre 1958, *Clunet*, 1959.824.
— Observations sous Paris, 18 novembre 1960, *Clunet*, 1961.1096.
— Observations sous Civ., 7 novembre 1961, *Clunet*, 1962.422.

Sialelli (J. B.). — Observations sous Fort-de-France, 21 juin 1962, *Clunet*, 1962.1010.
— Observations sous Trib. Metz, 29 octobre 1963, *Clunet*, 1964.590.

Simon-Depitre (M.). — Note sous Paris, 6 mars 1954, *J. Not.*, 1954.335.
— Note sous Civ., 30 décembre 1959, *Revue*, 1961.326.

Valéry (J.). — Note sous Nîmes 10 décembre 1912, D., 1914.2.169.

Wahl (A.). — Note sous Trib. Munich, 17 mai 1895, S., 1900.IV.25.

Weill (A.). — Note sous Civ., 23 décembre 1954, *Revue*, 1956.671.
— Note sous Civ., 6 mars 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9549.

TABLE DES DÉCISIONS JUDICIAIRES

Les chiffres renvoient aux numéros et non aux pages.

Req., 12 germinal An XII : 74.
Trèves, 5 janvier 1807 : 265.
Req., 14 janvier 1807 : 179.
Req., 28 juin 1810 : 20.
Req., 5 avril 1813 : 254, 269.
Paris, 11 mai 1816 : 202.
Civ., 25 juin 1816 : 39, 60.
New York, 1817. Ch. 190 (*Decoudre v. Saveter*) : 25.
Louisiane, 1817 (*Gale v. Davis*) 4 M 646 : 26.
Ch. réun., 27 février 1817 : 245.
Lyon, 25 mars 1820 : 154.
Civ., 2 mai 1825 : 17, 245.
Req., 11 août 1825 : 245.
Paris, 22 novembre 1828 : 202.
Req., 25 février 1829 : 39, 60.
Req., 4 mars 1829 : 17, 245.
Civ., 18 mai 1830 : 261.
Grenoble, 22 juillet 1830 : 154.
Req., 11 janvier 1831 : 245.
Paris, 19 décembre 1833 : 226.
Req., 11 avril 1834 : 245.
Req., 29 décembre 1836 : 39.
Lyon 20 février 1839 : 39.
Civ., 25 mars 1840 : 245.
Req., 29 juin 1842 : 39.
Req., 5 juillet 1842 : 17, 245.
Louisiane, 1843, 9 R 224 (*Allen v. Allen*), 4 A 569 (*Routh v. Duverger*), 4 R 165 (*Penny v. Watson*) : 26.
Civ., 7 février 1843 : 39, 60, 93.
Grenoble, 30 mars 1844 : 175.
Montpellier, 25 avril 1844 : 174, 179.
Louisiane, 1849. 4 A 65 (*Hayden v. Nutt*) : 26.
Req., 19 avril 1852 : 240.
Metz, 9 juin 1852 : 17. 38, 59.
Civ., 18 août 1852 : 17.
Trib. Bastia, 27 août 1852 : 175.
Req., 9 mars 1853 : 201.
Trib. Seine, 14 avril 1853 : 50.
Paris, 15 décembre 1853 : 50, 60, 97.
Civ., 30 janvier 1854 : 20.
Aix, 27 novembre 1854 : 80.
Req., 12 juin 1855 : 202.
Civ., 11 juillet 1855 : 80, 175, 179, 201.
Civ., 4 mars 1857 : 18, 77, 80, 184, 245, 258, 259.
Paris, 6 janvier 1862 : 269.
Chambéry, 28 février 1862 : 154.
Civ., 20 mai 1862 : 222, 252.
Req., 14 juillet 1863 : 154.
Req., 18 avril 1865 : 202.
Toulouse, 7 mai 1866 : 175.
Alger, 16 février 1867 : 17, 80, 184.
Trib. Versailles, 27 février 1867 : 271.
Alger, 1er mai 1867 : 81.
Paris, 30 août 1867 : 271.
Req., 24 décembre 1867 : 175, 201.
Req., 20 avril 1869 : 160.
Civ., 16 août 1869 : 30, 273.
Req., 7 mars 1870 : 154.
Aix, 18 août 1870 : 59, 81.
Aix, 8 novembre 1870 : 81.
Req., 18 août 1873 : 81.
Crim., 12 juin 1874 : 81.
Trib. Marseille, 16 mars 1875 : 55 81.
Bordeaux, 2 juin 1875 : 59, 81.
Paris, 17 novembre 1875 : 242.
Bordeaux' 23 février 1876 : 81.
Bordeaux, 24 mai 1876 : 81.
Trib. Seine, 24 août 1877 : 30, 270.
Aix, 12 mars 1878 : 81.
Civ., 5 novembre 1878 : 221.
Paris, 6 mars 1879 : 17, 270.
Rennes, 4 mars 1880 : 204.
Civ., 4 avril 1881 : 19, 30, 51, 58, 83, 270.
Paris, 12 mai 1881 : 260.
Trib. Bordeaux, 18 janvier 1882 : 83.
Trib. Seine, 25 janvier 1882 : 83.
Trib. Seine, 7 février 1882 : 154.
Aix, 7 février 1882 : 50, 61.
Req., 20 février 1882 : 207, 260, 261.
Aix, 21 mars 1882 : 269.
Aix, 22 février 1883 : 82.

Civ., 4 mars 1884 : 204, 222.
Civ., 2 avril 1884 : 208, 260, 261.
Civ., 4 août 1884 : 156.
Trib. Seine, 20 août 1884 : 61, 184.
Alger, 31 décembre 1884 : 39, 61.
Trib. Marseille, 12 février 1885 : 83, 184.
Req., 15 juillet 1885 : 83.
Trib. Marseille, 18 août 1885 : 83.
Aix, 15 février 1886 : 83.
Trib. Boulogne, 8 avril 1886 : 133.
Trib. Versailles, 21 avril 1886 : 258.
Req., 18 mai 1886 : 61, 83.
Pau, 26 juillet 1886 : 83.
Douai, 13 janvier 1887 : 93, 179, 201, 202, 204.
Paris, 5 février 1887 : 21, 83.
Trib. Seine, 5 avril 1887 : 27, 74, 83, 187.
Paris, 7 décembre 1887 : 83, 116, 185.
Paris, 23 février 1888 : 206.
Trib. Seine, 17 avril 1888 : 85.
Paris, 29 juin 1888 : 258.
Civ., 24 juillet 1888 : 39.
Paris, 12 juillet 1889 : 85, 88.
Alger, 24 décembre 1889 : 242, 261, 268.
Trib. Seine, 22 mai 1890 : 86, 89.
Trib. Seine, 8 janvier 1891 : 86, 167.
Trib. Seine, 3 mars 1891 : 258.
Req., 9 mars 1891 : 85, 242.
Trib. Bordeaux, 25 mai 1891 : 83.
Trib. Saint-Jean-de-Maurienne, 24 juillet 1891 : 154.
Paris, 26 juillet 1891 : 190.
Trib. Nice, 11 août 1891 : 83.
Chambéry, 23 novembre 1891 : 87.
Paris, 25 novembre 1891 : 8, 86, 88, 166, 167.
Paris, 30 décembre 1891 : 167.
Paris, 27 mai 1892 : 258, 260, 261.
Trib. Seine, 28 juillet 1892 : 61.
Trib. Seine, 28 décembre 1892 : 87.
Civ., 19 décembre 1892 : 206.
Trib. Seine, 1er mars 1893 : 61.
Trib. Toulon, 30 mai 1893 : 87, 184.
Alger, 27 février 1894 : 83.
Req., 8 mai 1894 : 261.
Cour de justice civile de Genève, 26 mai 1894 : 49.
Trib. Pontarlier, 30 janvier 1895 : 206.
Besançon, 13 mars 1895 : 206.
Tribunal supérieur Munich, 17 mai 1895 : 176.
Paris, 24 mai 1895 : 87, 130.
Trib. Seine, 10 juillet 1895 : 87.
Just. de Paix Nice, 13 septembre 1895 : 89.
Chambéry, 1er janvier 1896 : 89.
Trib. Tizi-Ouzou, 12 mars 1896 : 177.
Trib. Seine, 11 juin 1896 : 93, 177, 202.
Trib. Le Havre, 26 août 1896 : 173.
Trib. Grenoble, 7 novembre 1896 : 87, 89.
Trib. Guelma, 1er avril 1897 : 83.
Trib. Seine, 22 mai 1897 : 87.
Bordeaux, 23 juillet 1897 : 221.
Tribunal cantonal de Lausanne, 19 novembre 1897 : 49.
Chambre des Lords (Grande-Bretagne) 1898, 1 Ch. 403 et 2 Ch. 60 (*de Nichols v. Curlier*) : 25.
Alger, 2 mai 1898 : 62, 83, 110, 185, 258, 260.
Paris, 9 juin 1898 : 89.
Haute-Cour de Justice (Grande-Bretagne), 5 août 1899 (*Loustalan v. Loustalan*) : 25.
Alger, 27 janvier 1899 : 241.
Douai, 2 février 1899 : 166.
Trib. Seine, 16 mars 1899 : 84, 93.
Palerme, 2 juin 1899 : 68.
Civ., 26 juillet 1899 : 93, 185.
Chambre des Lords (Grande-Bretagne) A. C. 21-2 Ch. 410 (*de Nichols v. Curlier*) : 25.
Trib. Chartres, 23 mai 1900 : 86.
Caen, 28 mai 1900 : 83.
Alger, 9 juin 1900 : 83, 261.
Chambéry, 10 juillet 1900 : 221.
Trib. Marseille, 20 novembre 1900 : 87.
Trib. Seine, 28 décembre 1900 : 173.
Paris, 5 mars 1901 : 261.
Trib. Marseille, 23 avril 1901 : 179.
Trib. Seine, 23 mai 1901 : 177.
Trib. Tunis, 5 juin 1901 : 61.
Trib. Seine, 16 novembre 1901 : 61.
Paris, 10 décembre 1901 : 93, 245.
Paris, 16 décembre 1901 : 85, 87.
Trib. Seine, 3 mai 1902 : 61, 184.
Trib. Marseille, 26 juillet 1902 : 87.
Req., 27 janvier 1903 : 221, 222.
Lyon, 16 février 1903 : 85, 86, 87, 133.
Trib. Châteauroux, 6 avril 1903 : 85, 87, 133.
Trib. Millau, 18 juillet 1903 : 85, 87, 133, 166, 170.
Req., 22 juillet 1903 : 226.
Orléans, 24 février 1904 : 177.
Trib. Seine, 11 mars 1904 : 58.
Amiens, 24 mars 1904 : 87.
Montpellier, 25 avril 1904 : 87, 169.
Trib. Bois-le-Duc, 10 juin 1904 : 69.
Trib. Marseille, 7 juillet 1904 : 87, 89.
Trib. Bourges, 18 juillet 1904 : 88, 184, 190.
Trib. Seine, 29 novembre 1904 : 201.
Trib. Tunis, 9 mars 1905 : 61.
Trib. Seine, 9 juin 1905 : 61.
Bois-le-Duc, 27 juin 1905 : 69.

Req., 18 juillet 1905 : 88, 169.
Trib. Seine, 21 mars 1907 : 177.
Trib. Toulouse, 10 mai 1907 : 61, 87, 89.
Grenoble, 3 juillet 1907 : 87, 190.
Trib. Marseille, 12 juillet 1907 : 167, 173.
Alger, 2 janvier 1908 : 87.
Trib. Tunis, 29 janvier 1908 : 61.
Trib. Marseille, 30 mai 1908 : 87, 89, 133, 190.
Trib. Nice, 29 juillet 1908 : 87.
Trib. Seine, 14 août 1908 : 87.
Trib. Chambéry, 13 novembre 1908 : 87.
Trib. Seine, 10 décembre 1908 : 153.
Paris, 11 novembre 1909 : 87.
New York (Matter of Majot), 199 N-Y 29, 92 N. E. 402 : 26.
Alger, 9 février 1910 : 19.
Trib. Seine, 25 avril 1910 : 87, 89, 184, 187.
Trib. Seine, 21 juin 1910 : 177.
Trib. Seine, 16 juillet 1910 : 93, 184.
Paris, 26 juillet 1910 : 62.
Civ., 5 décembre 1910 : 94, 95, 191.
Trib. Seine, 31 décembre 1910 : 221.
Trib. Mortagne, 6 avril 1911 : 87, 133.
Trib. Seine, 28 avril 1911 : 221.
Trib. Belfort, 13 juin 1911 : 87.
Bruxelles, 12 décembre 1911 : 70.
Alger, 20 décembre 1911 : 87, 89, 133.
Trib. Lyon, 22 décembre 1911 : 89.
Caen, 15 janvier 1912 : 89, 260.
Trib. Seine, 7 mars 1912 : 87, 133, 155.
Monaco, 16 mars 1912 : 61.
Besançon, 18 mars 1912 : 87.
Trib. Seine, 30 juillet 1912 : 93.
Trib. Seine, 26 novembre 1912 : 183.
Nîmes, 10 décembre 1912 : 270.
Civ., 30 décembre 1912 : 54, 89.
Toulouse, 23 janvier 1913 : 65.
Trib. Marseille, 8 mai 1913 : 173, 184, 187.
Paris, 3 décembre 1913 : 93, 191.
Trib. Saint-Etienne, 21 janvier 1914 : 65.
Trib. Boulogne, 14 mars 1915 : 89.
Alger, 23 décembre 1915 : 87, 89.
Trib. Seine, 23 juin 1916 : 87, 130.
New York, 1917 (Matter of Majot) 221 N-Y 242, 116 N. E. 1010 : 14.
Trib. Florence, 23 janvier 1918 : 166.
Trib. Seine, 14 février 1919 : 61.
Trib. Valognes, 16 mars 1921 : 87.
Trib. Boulogne, 23 décembre 1921 : 55, 87, 89.
Trib. Saintes, 7 mars 1922 : 89, 133.
Req., 27 mars 1922 : 226.
Tribunal fédéral suisse, 13 octobre 1923 : 48.
Trib. Strasbourg, 15 octobre 1923 : 62, 101, 154, 155, 173, 176, 179.
Grenoble, 6 novembre 1923 : 65 ; 87, 190.
Colmar, 20 novembre 1923 : 210, 217.
Tribunal fédéral suisse, 29 novembre 1923 : 49.
Trib. Seine, 16 janvier 1924 : 58.
Trib. Seine, 17 janvier 1924 : 170.
Trib. Lille, 29 février 1924 : 54, 85, 133, 155.
Tribunal fédéral suisse, 19 mars 1924 : 49.
Trib. Bruxelles, 7 avril 1924 : 70.
Req., 7 mai 1924 : 208, 261, 264.
Trib. Versailles, 15 mai 1924 : 20, 87, 170.
Trib. Seine, 7 juillet 1924 : 133.
Paris, 17 octobre 1924 : 87.
Civ., 17 novembre 1924 : 87, 71.
Trib. Strasbourg, 27 mars 1925 : 173, 179.
Req., 7 avril 1925 : 89.
Cass. belge, 28 mai 1925 : 202.
Trib. Bruxelles, 2 décembre 1925 : 70.
Colmar, 9 décembre 1925 : 61.
Trib. Anvers, 26 décembre 1925 : 70.
Amiens, 9 février 1926 : 173.
Aix, 21 avril 1926 : 65.
Alger, 12 mai 1926 : 54, 87, 163.
Bruxelles, 16 juin 1926 : 70.
Trib. Seine, 17 novembre 1926 : 87, 130.
Paris, 1er décembre 1926 : 87.
Trib. Seine, 22 décembre 1926 : 160.
Trib. Marseille, 22 février 1927 : 87.
Trib. Seine, 23 février 1927 : 160, 205.
Amiens, 24 mars 1927 : 162.
Trib. Marseille, 3 juin 1927 : 89.
Chambéry, 13 juin 1927 : 87.
Trib. Versailles, 19 juillet 1927 : 87.
Trib. Lot-et-Garonne, 20 décembre 1927 : 39, 54, 87, 89.
Trib. Lot-et-Garonne, 28 décembre 1927 : 39.
Colmar, 28 mars 1928 : 93, 95, 173, 176, 177, 179.
Trib. Meaux, 4 mai 1928 : 21, 170, 173.
Lyon, 24 avril 1929 : 241.
Paris, 7 juillet 1928 : 87.
Trib. Le Havre, 29 décembre 1928 : 221.
Civ., 20 février 1929 : 262, 264.
Paris, 18 avril 1929 : 219.
Civ., 27 juillet 1929 : 65.
Paris, 11 octobre 1929 : 87.
Trib. Le Havre, 26 octobre 1929 : 87.
Trib. Seine, 30 avril 1930 : 210, 213.
Besançon, 28 juillet 1930 : 54, 56.
Tribunal fédéral suisse, 19 septembre 1930 : 49.

Trib. Seine, 9 mai 1931 : 162.
Bruxelles, 13 juin 1931 : 70.
Cour d'appel mixte d'Alexandrie, 26 janvier 1932 : 163.
Trib. Boulogne, 13 mai 1932 : 155.
Civ., 31 mai 1932 : 94, 95.
Pau, 17 novembre 1932 : 89, 176, 179, 181.
Req., 15 mars 1933 : 259, 260, 261 ; 262, 263.
Trib. Bruxelles, 29 mars 1933 : 70.
Trib. Seine, 11 mai 1933 : 86, 87.
Trib. Furnes, 11 juillet 1933 : 70.
Req., 7 novembre 1933 : 166.
Trib. Bruxelles, 15 janvier 1934 : 70.
Trib. Seine, 11 février 1935 : 65.
Trib. Cuneo, 13 février 1935 : 68.
Trib. Seine, 25 mai 1935 : 54.
Req., 4 juin 1935 : 57, 89, 97, 99, 101, 106, 123, 124, 174, 175, 176, 178, 179, 180, 183, 186, 190, 237.
Trib. Strasbourg, 24 juillet 1935 : 61, 177, 179.
Civ., 20 juillet 1936 : 226.
Kammersgericht (Allemagne), 22 décembre 1936 : 69.
Trib. Seine, 4 mai 1937 : 61, 89.
Paris, 28 juin 1937 : 87, 89, 179.
Req., 2 novembre 1937 : 94, 95.
Paris, 18 novembre 1937 : 89.
Req., 25 janvier 1938 : 240.
Paris, 2 mars 1938 : 87, 89.
Req., 6 avril 1938 : 89.
Req., 5 mai 1938 : 89, 178, 179, 190.
Req., 13 décembre 1938 : 93.
Bruxelles, 17 avril 1940 : 70.
Bruxelles, 7 juin 1943 : 70.
Civ., 8 novembre 1943 : 226.
Saïgon, 2 février 1945 : 153.
Paris, 31 mai 1947 : 87, 89, 130.
Besançon, 22 décembre 1947 : 89.
Civ., 27 juillet 1948 : 222.
Trib. Seine, 22 décembre 1948 : 157.
Colmar, 19 février 1949 : 264.
Lyon, 26 avril 1949 : 89.
Trib. Chambéry, 3 mai 1949 : 89.
Paris, 15 février 1950 : 157.
Aix, 14 mars 1950 : 12, 89.
Aix, 21 mars 1950 : 11, 65, 74, 117, 123.
Civ., 21 juin 1950 : 94, 96, 108, 142.
Civ., 27 juin 1950 : 212.
Rabat, 24 octobre 1950 : 146, 147.
Trib. Lyon, 26 décembre 1950 : 257, 258, 262.
Com., 29 janvier 1951 : 108.
Gand, 21 février 1951 : 70.
Trib. Orléans, 27 février 1951 : 166, 170.
Aix, 28 mai 1951 : 206.
Trib. Colmar, 12 juin 1951 : 173, 179.
Civ., 18 décembre 1951 : 93.
Civ., 24 avril 1952 : 132, 135.
Trib. Seine, 10 octobre 1952 : 143.
Grenoble, 28 avril 1953 : 87, 130, 132.
Civ., 5 mai 1953 : 85, 90, 97.
Paris, 6 mai 1953 : 87, 88.
Trib. Seine, 9 mai 1953 : 87, 88.
Tunis, 17 juin 1953 : 90.
Paris, 22 juin 1953 : 54, 87, 90.
Orléans, 11 janvier 1954 : 61, 88, 90.
Civ., 19 janvier 1954 : 54, 90, 132.
Trib. Metz, 18 février 1954 : 88, 89, 130
Trib. Marseille, 4 mars 1954 : 144.
Paris, 5 mars 1954 : 86, 87, 90, 130.
Paris, 27 avril 1954 : 229.
Civ., 11 mai 1954 : 261.
Bruxelles, 24 mai 1954 : 70, 71.
Paris, 2 juillet 1954 : 54, 141, 142, 143, 226, 227.
Trib. Perpignan, 20 décembre 1954 : 212.
Civ., 23 décembre 1954 : 28, 31, 265, 266, 268.
Trib. Nantes, 22 février 1955 : 221, 222.
Aix, 22 mars 1955 : 144.
Anvers, 26 mars 1955 : 70.
Paris, 30 mars 1955 : 90.
Douai, 7 juin 1955 : 61.
Trib. Harlem, 8 novembre 1955 : 69.
Civ., 4 janvier 1956 : 71, 78, 88, 91, 106, 122, 132.
Civ., 6 mars 1956 : 157, 198.
Lyon, 16 avril 1956 : 87, 130.
Colmar, 20 avril 1956 : 91, 132.
Haute-Cour de Justice (Grande-Bretagne), 6 juin 1956 (*Lloyd's Ltd v. Egerton*) : 25, 26.
Trib. Seine, 17 octobre 1956 : 115, 187, 200.
Trib. Seine, 6 mars 1957 : 157.
Civ., 14 juin 1957 : 157.
Trib. Sarreguemines, 30 octobre 1957 : 170.
Civ., 28 janvier 1958 : 226.
Paris, 6 mars 1958 : 91, 132, 225, 227, 228.
Paris, 7 mars 1958 : 229.
Civ., 22 avril 1958 : 91, 132.
Civ., 20 novembre 1958 : 158.
Civ., 16 décembre 1958 : 226.
Civ., 23 décembre 1958 : 61, 91, 132, 190.
Civ., 27 janvier 1959 : 91, 132.
Trib. Bruxelles, 11 février 1959 : 70.
Liège, 4 mars 1959 : 70.
Civ., 22 avril 1959 : 229.
Trib. Mons, 25 avril 1959 : 70.
Paris, 15 mai 1959 : 163.
Paris, 16 juin 1959 : 96.

Paris, 1er juillet 1959 : 187, 200.
Civ., 6 juillet 1959 : 94.
Civ., 14 décembre 1959 : 91, 132.
Paris, 16 décembre 1959 : 157.
Civ., 30 décembre 1959 : 54, 91, 132, 141.
Rabat, 13 janvier 1960 : 146.
Trib. Versailles 2 février 1960 : 230.
Trib. Seine, 16 mai 1960 : 166.
Bruxelles, 16 mai 1960 : 70.
Trib. Seine, 21 juin 1960 : 133, 190.
Amiens, 20 octobre 1960 : 141.
Paris, 18 novembre 1960 : 91, 97.
Trib. Liège, 23 mars 1961 : 70.
Civ., 7 novembre 1961 : 28, 54, 81, 100, 116, 132, 134, 137, 141.
Fort-de-France, 21 juin 1962 : 144.
Trib. Seine, 12 juillet 1962 : 260.
Civ., 8 janvier 1963 : 157.
Trib. Seine, 12 janvier 1963 : 91, 190.
Trib. Seine, 17 janvier 1963 : 218, 219.
Civ., 19 février 1963 : 227, 230.
Civ., 26 février 1963 : 91, 132.
Civ., 15 mai 1963 : 187, 200, 239.
Trib. Seine, 12 juin 1963 : 219, 220.
Civ., 25 juin 1963 : 91, 132.
Paris, 4 juillet 1963 : 260, 264.
Civ., 15 juillet 1963 : 163.
Trib. Metz, 29 octobre 1963 : 227.
Paris, 26 février 1964 : 232, 259, 260, 261, 262, 264.
Civ., 15 décembre 1965 : 91.
Civ., 15 février 1966 : 260.

TABLE ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros et non aux pages

Allemagne : 3, 23, 47, 48, 56, 61, 69, 72 et s., 111, 137, 206, 238, 262. 272.

Apparence (théorie de l'...) : 128, 220.

Argentine : 3, 23, 25, 26, 51.

Argentré (d'...) : 15, 17, 25, 32, 34, 75, 99, 121.

Autonomie de la volonté : 18, 25, 26, 33, 38, 40, 45, 46, 59 et s., 71, 75-119, 120 et s., 131 et s., 141 et s., 164 et s., 178, 180, 183, 184, 187, 191, 195, 208, 214, 231, 235, 258.

Autriche : 23.

Avantages matrimoniaux : 29, 30, 111, 148, 265, 268-270.

Belgique : 3, 47, 62, 69 et s., 74.

Bénélux : 47, 69.

Biens :
— régime général : 6, 12, 209, 242, 243-246, v° réalité.
— bines réservés : 2, 4, 214-217, 218.

Bolivie : 113.

Brésil : 3, 48.

Canada (Province de Québec) : 3.

Capacité : 17, 97, 116, 176, 178, 181, 184, 186, 189, 194, 196-200, 231, 232, 246, 260, v° incapacité de la femme mariée, incapacité velléienne.

Chef de famille : 74, 211, 239.

Chili : 3.

Code Bustamente : 43, 173.

Code civil : 37, 111, 189, 245, 268.
— art. 3 : 19, 20, 21, 59, 83, 173, 196, 245.
— art. 6 : 78.
— art. 13 : 197, 207.
— art. 17 : 59, 60.
— art. 19 : 74.
— art. 75 : 204.
— art. 102 à 109 : 43.
— art. 170 : 201.
— art. 201 : 158.
— art. 212 : 229, 235.
— art. 214 : 229.
— art. 215 : 6.
— art. 220 : 6, 218.
— art. 221 : 218.
— art. 223 : 213.
— art. 358 à 765 : 268.
— art. 999 : 102.
— art. 1089 : 262.
— art. 1097 : 262.
— art. 1098 : 111.
— art. 1099 : 111, 239.
— art. 1134 : 78, 91, 106, 107.
— art. 1387 : 76, 106.
— art. 1388 : 149, 214, 217, 239.
— art. 1389 : 149, 200.
— art. 1390 : 149, 193.
— art. 1391 : 205.
— art. 1394 : 149, 175, 176, 177, 203, 204.
— art. 1395 : 149, 173, 174, 175, 176, 177, 180, 181, 239.
— art. 1398 : 197.
— art. 1400 : 81.
— art. 1421 : 3.
— art. 1444 et 1445 : 206.
— art. 1449 : 213.
— art. 1453 : 217.
— art. 1496 : 111.
— art. 1503 à 1510 : 217.
— art. 1540 : 162.
— art. 1554 : 245.
— art. 1595 : 240, 241.
— art. 2128 : 254.
— art. 2136 : 253.

Code de commerce :
— art. 67 à 69 : 204.

Code de procédure civile :
— art. 864 : 229.
— art. 872 : 204.

Colombie : 3.

Common law : 22, 24-27, 42, 234.

Concubinage : 12, 139.

Conflit dans le temps des règles de conflit dans l'espace : 146, 147.

Contrat : 92, 94-96, 97, 106, 108, 112, 118, 135, 182, 191, 192, 195, 196, 233, 235.

— contrat de mariage : 4, 6, 15, 29, 34, 69, 92-93, 95, 109, 112, 118-119, 127, 151, 160, 165, 174 et s., 182, 194-208, 211, 230, 239, 251, 259.

= capacité : V° *capacité.*
= cause : 194, V° *Contrat de mariage : liberté des conventions matrimoniales.*
= clauses indépendantes du régime matimonial : 207-208.
= consentement : 194-195.
= date : 203, V° *régime matrimonial : immutabilité.*
= forme : V° *Forme.*
= liberté des conventions matrimoniales : 4, 92, 93, 109, 113, 114, 152, 161, 182-208, 237.
= nullité : 115, 116, 199 et s., 208.
= objet : 194, V° *Contrat de mariage : liberté des conventions matrimoniales.*
= publicité : V° *publicité.*

— contrats entre époux : 6, 150, 231-241, V° *donation entre époux.*

— contrat tacite (théorie du...) : 9, 20, 25, 33 et s., 38 et s., 45, 75, 97 et s., 109 à 112, 113, 118, 126, 128, 135, 149, 164, 183, 191.

Contribution aux charges du menage : 229 à 230.

Convention de La Haye :

— 1905 : 5, 63 à 66, 69, 74, 177.
— 1956 : 227.
— 1964 : 94.

Danemark : 206.

Devoirs réciproques des époux :

— Assistance : 228, 230, 239.
— Secours : 224-228, 229, 230.

Divorce : 1, 101, 156, 239.

Domicile : V° *Loi du domicile.*

Donations entre époux : 111, 148, 150, 231, 239 et s., 257, 258-265.

Dot : V° *régime dotal.*

— dot due par le mari à la femme : 162-163.

Douaire : 19, 148, 268 et s.

Dumoulin : 9, 10, 25, 32 et s., 43, 45, 72, 75, 77, 80, 81, 94, 106, 109, 110, 121, 148, 164, 188.

Egypte : 69.

Espagne : 3, 69, 198.

Esprit de retour : 81, 83, 84, 130, 136, 137.

Etats-Unis d'Amérique : 3, 23, 25 et s., 30, 48, 73, 160, 166 et s., 269 et s.

Exequatur : 206, 241.

Femme mariée : V° *biens réservés, hypothèque des époux, incapacité de la femme mariée.*

— profession : 210, 213.

Finlande : 69.

Forme : 93, 112, 118, 163, 172, 174-175, 193, 194, 201 et s., 222, 231, 258.

Fraude à la loi : 42, 52, 135, 173, 202.

Gains de survie : 154, 266-272.

Grance-Bretagne : 3, 7, 22, 24 et s., 48, 159, 160, 167, 216, 234.

Grèce : 69, 269.

Guatemala : 3, 47.

Hypothèque des époux : 150, 221-223, 242, 243, 251 à 256.

Hongrie : 69.

Immutabilité du régime matrimonial : V° *régime matrimonial.*

Inaliénabilité dotale : V° *régime dotal.*

Incapacité de la femme mariée : 212, 214 et s., 245, 248.

Incapacité velléienne : 3, 247.

Indivisibilité du régime : V° *régime matrimonial.*

Islam : 113, 161 et s.

Italie : 7, 62, 67-68, 72 et s., 118, 184.

Japon : 69.

Ketouba : 163.

Kiddouchim : 162, 163.

Localisation des intérêts (système de la...) : 90, 93, 96, 128 et s., 131 à 147, 156, 168, 180, 191, 192, 193, 195, 208, 215.

Loi :

— loi d'autonomie : V° *Autonomie de la volonté.*

— loi du domicile : 26, 38 et s., 40 à 49 ; 50, 51, 59, 60, 64, 73, 76, 79 et s., 90 à 91, 93, 95, 99, 104, 128, 130 et s.

— loi du lieu de célébration du mariage : 50, à 58, 89, 90, 95, 104, 124, 175, 204.

— loi modifiant le régime matrimonial : 142 à 145, 172.
— loi nationale : 54 et s., 59 à 74, 79, 81 et s., 104, 131, 137, 227, 232, 260.
— loi personnelle : 176 à 177, 184, 187, 188, 190, 195 et s., 209 à 241, V° *Personnalisme.*
— loi de police et de sûreté : 154, 173, 204, 212, 215, 220, 226, 227.

Luxembourg : 3.

Mandat domestique : 218 à 220, 221.

Mariage :
— acte de mariage : 127, 161, 163, 204.
— effets personnels : 6, 7, 71 et s., 114, 124, 128, 137, 150, 157, 181, 189, 210 et s.
— lieu de célébration : V° *loi du lieu de célébration.*
— mariage consulaire : 52 et s., 87, 204.
— mariage putatif : 157 à 158, 199.

Maroc : 69, 146.

Mexique : 113.

Mohar : 163.

Monaco : 65, 102.

Naturalisation : 138, 145, 181.

Nedounya : 163.

Norvège : 48, 206.

Obligation alimentaire : 221, 225 à 228, 229, 239.

Option (système de l'...) : 102 à 104, 122.

Ordre juridique plurilégislatif : 27, 48, 165 à 171.

Ordre public international : 21, 78, 88, 113, 149, 152, 156, 160, 162, 163, 165, 170 et s., 204, 205, 210, 212, 216, 217, 220, 226, 230, 241, 246.

Pays-Bas : 3, 62, 69.

Pérou : 3, 113.

Personnalisme : 32 à 74, 75 et s., 93, 118 et s., 185.

Pologne : 69.

Portugal : 3, 61.

Publicité : 93, 194, 204 à 206.

Puissance maritale : 212, 239, 241.

Puissance paternelle : 211, 239.

Quarte du conjoint pauvre : 242, 268, 269.

Réalité (système de la...) : 7, 11 à 31 75, 76, 87, 120 et s., 165, 169, 175, 188, 246, 247.

Réfugiés : 144 à 145.

Régime matrimonial :
— Immutabilité : 85, 88, 94, 95, 101, 113, 115, 125, 143 et s., 152, 154, 170 et s., 172 à 181, 188, 239, 241, 270.
— Indivisibilité : 12, 17, 27, 31, 34, 38, 136, 148, 152, 164, à 171, 172, 199, 249.
— Nécessité : 152, 153 à 163.
— Régime dotal : 148, 184, 190, 242 et s., 244 à 250, 251.
— Régime impératif de base : 3, 119, 193, 209 et s., 267.
— Régime de la participation aux acquêts : 3, 4, 223, 251.
— Régime de la séparation de biens : V° *Séparation de biens.*

Renvoi : 147, 167, 170, 171.

Roumanie : 3, 69.

Séparation de biens : 3, 22, 23, 28, 105, 153, 161.
— Séparation de biens judiciaire : 116, 126, 127, 154, à 156, 172, 206.

Séparation de corps : 154, 156, 239.

Siam : 69.

Société :
— du régime matrimonial conçu comme une société : 125 à 130, 136.
— société entre époux : 241.

Soumission volontaire : 34, 45, 112, 113.

Sucessions : 1, 6, 7, 11, 12, 21, 28 et s. 110, 151, 207 et s., 231, 242, 257 à 265.

Suède : 3, 69, 206.

Suisse : 3, 48, 49, 50, 62, 111, 184, 206, 263.

Syrie : 69.

Tchécoslovaquie : 3, 69.

Tiers : 1, 12, 49, 53, 72, 73, 97, 98, 105, 220.

Traité franco-italien : 5, 67.

Turquie : 3.

Tosephet : 163.

Trust : 159 à 160, 205.

Tutelle : 211.

Union Nordique : 42, 48.

Union Sud-Africaine : 3.

U.R.S.S. : 3, 73.

Vente entre époux : 240.

Voët (*Jean*) : 38 75 et s.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS v
INTRODUCTION (n° 1 à 7) 1

PREMIÈRE PARTIE

LA LOI APPLICABLE

(nos 9 à 147) 12

CHAPITRE PREMIER

LA LOI DES BIENS. SYSTÈME DE LA RÉALITÉ

(nos 11 à 31) 17

Section I. — Généralités (nos 12 à 13) 17

Section II. — Historique (nos 14 à 21) 20

§ 1. — *La réalité incontestée des statuts concernant les biens des époux* (n° 14) 20

§ 2. — *Décadence de la réalité* (nos 15 à 16) 20

§ 3. — *Survivances dans le droit post-révolutionnaire* (nos 17 à 21) 22

Section III. — Les sytèmes étrangers (nos 22 à 27) 28

§ 1. — *Influence de la réalité* (nos 22 à 23) 28

§ 2. — *Le système anglo-saxon* (nos 24 à 27) 30

Section IV. — Le régime matrimonial et le régime sucessoral (nos 28 à 31) 34

CHAPITRE II

LA LOI DES ÉPOUX. SYSTÈMES PERSONNALISTES

(nos 32 à 74) 37

Section I. — Historique (nos 32 à 39) 37

§ 1. — *La notion de contrat tacite comme argument en faveur de la loi personnelle : le système de Dumoulin* (nos 32 à 34) 37

§ 2. — *Boullenois et l'« état de gens mariés »* (nos 35 à 36) 40

§ 3. — *La faillite de la théorie du statut personnel* (nos 37 à 39) 42

Section II. — La loi du domicile (nos 40 à 49) 45

§ 1. — *Généralités* (nos 40 à 41) 45

§ 2. — *La détermination du domicile matrimonial* (nos 42 à 46) 47

§ 3. — *La loi du domicile dans les systèmes étrangers* (nos 47 à 49) 51

Section III. — La loi du lieu de célébration (nos 50 à 58) 54

Section IV. — La loi nationale (nos 59 à 74) 62
§ 1. — *Doctrine, législation et jurisprudence françaises* (nos 59 à 67) 62
§ 2. — *Les solutions étrangères* (nos 68 à 74) 72
§ 3. — *Etude critique* (nos 71 à 74) 76

CHAPITRE III

LA LOI D'AUTONOMIE.

(nos 75 à 119) 85

Section 1. — L'évolution des idées (nos 75 à 79) 85

Section II. — L'autonomie de la volonté à travers la jurisprudence (nos 80 à 96) 90
§ 1. — *Le régime légal* (nos 80 à 91) 90
§ 2. — *La loi d'autonomie et le contrat de mariage* (nos 92 à 93) 109
§ 3. — *Etude comparative de l'application de la loi d'autonomie au régime matrimonial et aux contrats* (nos 94 à 96) 113

Section III. — Analyse des conséquences pratiques de la loi d'autonomie (nos 97 à 105) 117
§ 1. — *Souplesse et sécurité* (nos 97 à 98) 117
§ 2. — *Caractère fictif de la volonté des époux* (nos 99 à 101) 120
§ 3. — *Remèdes aux inconvénients de la loi d'autonomie* (nos 102 à 105) . 122

Section IV. — Etude critique de la thérie de l'autonomie (nos 106 à 119) 127
§ 1 — *La théorie de l'autonomie de la volonté en droit international privé* (nos 107 à 108) 128
§ 2. — *La théorie du contrat tacite* (nos 109 à 112) 130
§ 3. — *Le rôle facultatif de la volonté* (nos 113 à 117) 135
§ 4. — *Le régime conventionnel* (nos 118 à 119) 140

CHAPITRE IV

VOIES NOUVELLES

(nos 120 à 147) 143

Section I. — Nature juridique du régime matrimonial comme fondement d'une règle de conflit (nos 120 à 130) 143
§ 1. — *La dénaturation du régime matrimonial par les théories classiques* (nos 120 à 122) 143
§ 2. — *Des systèmes fondés sur la complexité du régime* (nos 123 à 124) ... 146
§ 3. — *Le régime-société* (nos 125 à 130) 148

Section II. — La localisation des intérêts du ménage (nos 131 à 140) . 155
§ 1. — *Le poids de la tradition* (no 131) 155
§ 2. — *Evolution de la jurisprudence* (nos 132 à 133) 156
§ 3. — *Le système de la localisation* (nos 134 à 138) 159
§ 4. — *Le fondement du système* (nos 139 à 140) 166

Section III. — Conséquences du remplacement de la loi d'autonomie par la loi du centre des intérêts (nos 141 à 147) 168
§ 1. — *Quand y a-t-il conflit de lois ?* (no 141) 168
§ 2. — *Lois modificatrices du régime des époux* (no 142 à 145) 169
§ 3. — *La règle de conflit du for est-elle toujours compétente ?* (nos 146 à 147) 173

DEUXIÈME PARTIE

LE DOMAINE DE LA LOI APPLICABLE

(nos 148 à 272) 178

TITRE I

LES PRINCIPES GOUVERNANT L'INSTITUTION DU RÉGIME MATRIMONIAL

(nos 152 à 208) 183

CHAPITRE I

LA NÉCESSAIRE SOUMISSION DES ÉPOUX A UN SEUL RÉGIME

(nos 153 à 181) 185

Section I. — De la nécessité d'un régime matrimonial (nos 133 à 163). 185

§ 1. — *Institutions du droit français* (nos 153 à 157)..... 185

§ 2. — *Institutions étrangères* (nos 159 à 163) 192

Section II. — Le régime de l'indivisibilité du régime (nos 164 à 171) .. 197

Section III. — Le principe de l'immutabilité ou de la mutabilité relative du régime (nos 172 à 181) 206

§ 1. — *L'ordre public* (no 173) 207

§ 2. — *La loi applicable : la loi de la forme* (nos 174 à 175) 209

§ 3. — *La loi applicable : loi personnelle* (nos 176 à 177) 212

§ 4. — *La compétence de la loi du régime* (nos 178 à 181) 214

CHAPITRE II

LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

(nos 182 à 208) 219

Section I. — Le principe de la liberté des conventions matrimoniales (nos183 à 193) 219

§ 1. — *Loi applicable* (nos 183 à 191)..... 219

§ 2. — *Influence du contrat de mariage sur la loi applicable* (nos 192 à 193) 229

Section II. — La mise en œuvre de la liberté des conventions matrimoniales. Le contrat de mariage (nos 194 à 208) 232

§ 1. — *Consentement et capacité* (nor 195 à 200) 233

§ 2. — *Forme et publicité* (nos 201 à 206). 240

§ 3. — *Le contenu du contrat : les clauses indépendantes du régime matrimonial* (nos 207 à 208) 248

TITRE II

LES LIMITES DU DOMAINE DE LA LOI DU RÉGIME DE LA LOI PERSONNELLE ET DU STATUT DES BIENS

(nos 209 à 272) 252

CHAPITRE I

LOI DU RÉGIME ET LOI PERSONNELLE

(nos 210 à 241) 253

Section I. — Dispositions consacrant l'inégalité des époux (nos 210 à 213) 253

Section II. — L'obligation alimentaire entre époux (nos 224) à 230 ... 269

§ 1. — *Le devoir de secours entre époux* (nos 224 à 228)..... 269

§ 2. — *Contribution aux charges du ménage* (nos 229 à 230) 275

Section III. — Les contrats entre époux (nos 231 à 241) 277

§ 1. — *Généralités. Les différentes lois qui peuvent prétendre gouverner les contrats entre époux* (nos 231 à 232) 277

§ 2. — *Nature des contrats entre époux* (nos 233 à 236) 279

§ 3. — *Rôle de la loi des effets personnels du mariage et de la loi du régime matrimonial* (nos 237 à 239) 283

§ 4. — *La jurisprudence* (nos 240 à 241) 288

CHAPITRE II

RÉGIME MATRIMONIAL, STATUT DES BIENS ET SUCCESSIONS.

(no 242 à 272) 291

Section I. — Régime matrimonial et régime des biens (nos 243 à 256). 292

§ 1. — *Le régime dotal et l'inaliénabilité dotale* (nos 244 à 250) 293

§ 2. — *L'hypothèque légale* (nos 251 à 256) 299

Section II. — Le régime matrimonial et le régime des successions (nos 257 à 272) 305

§ 1. — *Les donations entre époux* (nos 258 à 265) 305

§ 2. — *Les gains de survie des conjoints* (nos 266 à 272) 315

CONCLUSION 322

BIBLIOGRAPHIE 333

TABLE DES DÉCISIONS CITÉES 346

TABLE ALPHABÉTIQUE 351

TABLE DES MATIÈRES 355

Imp. F. BOISSEAU, Rue du Taur, 34 - TOULOUSE (France)
Dépôt légal, 1er trimestre 1967